

Die Praktikabilität
der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung
als neuartige Sicherungsinstrumente am Bau

Vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der
Technischen Universität Darmstadt genehmigte

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doctor iuris (Dr. iur.)

Vorgelegt

von

Daniel Entringer

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Versicherungsrecht

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Geburtsdatum: 29.11.1973

Geburtsort: Freiburg i. Br.

Erstreferent: Prof. Dr. Axel Wirth

Korreferent: Prof. Dr. Gerd Lautner

Eingereicht am: 29.04.2009

Mündliche Prüfung am: 24.08.2009

Darmstadt 2009

D 17

Meiner Frau Marion Alexandra

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	XXXV
1. Kapitel: Einleitung	1
2. Kapitel: Klassische und neuartige Sicherungsinstrumente am Bau .	3
1. Abschnitt: Klassische Sicherungsinstrumente am Bau	3
A. Sicherheitsleistungen nach BGB und VOB.....	3
I. BGB	3
II. VOB.....	4
B. Sicherheitseinbehalt.....	4
C. Bürgschaften	4
I. Vertragserfüllungsbürgschaft	5
II. Gewährleistungsbürgschaft bzw. Mängelrechtebürgschaft	5
D. Nachteilige Auswirkungen der klassischen Sicherungsinstrumente auf die Baupraxis.....	6
I. Nachteilige Auswirkungen auf den Auftragnehmer	6
II. Nachteilige Auswirkungen auf den Auftraggeber	7
2. Abschnitt: Neuartige Sicherungsinstrumente am Bau: Die Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung	7
I. Neuartiges Bauversicherungsmodell	7
II. Zielsetzungen des neuartigen Bauversicherungsmodells	8

1. (Insolvenz-)Sicherung bestimmter Erfüllungs- und Mängelhaftungspflichten des Auftragnehmers	8
2. (Wirtschaftliche) Entlastung des Auftragnehmers	8
3. Verbesserung der Bauqualität durch gutachterliche Baubegleitung	9
4. Verbraucherschutz	9
III. Dogmatische Einordnung der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsver-sicherung als „Versicherung sui generis“	10
IV. Versicherte Risiken der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsver-sicherung.....	11

3. Kapitel: Die Entwicklung der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsver-sicherung unter Einfluss des französischen Bauversicherungssystems13

1. Abschnitt: Entwicklung und Inhalt des Bauversicherungssystems in Frankreich.....	13
A. Historische Entwicklung.....	13
B. Die Reform im Jahre 1978 auf Grundlage der Empfehlungen der „Spinetta-Kommission“	15
C. Haftungsrechtliche Ebene nach französischem Recht	16
I. Einjährige „Garantie für einwandfreie Herstellung“ (Garantie de parfait achèvement).....	17
II. Zweijährige „Funktionsgarantie“ (Garantie de bon fonctionnement)	17
III. Zehnjährige „Garantiehaftung“ (Responsabilité décennale)	18
IV. Form und Umfang der (Schadens-)Ersatzleistung.....	19
D. Deckungsrechtliche Ebene nach französischem Recht.....	19
I. Konzeption des französischen Bauversicherungssystems	20
II. „Obligatorische Schadensversicherung“ des Bauherrn (Assurance de dommages obligatoire).....	21

1. Konzeption und Versichertes Risiko.....	21
2. Beginn und Dauer des Versicherungsschutzes	21
3. Entschädigungsleistungen des Versicherers	22
4. Nicht versicherte Tatbestände.....	22
5. Obliegenheiten des Versicherungsnehmers.....	22
6. Finanzierung.....	23
III. „Obligatorische Haftpflichtversicherung“ der dem Bauherrn Verhafteten (Assurance de responsabilité obligatoire)	23
1. Konzeption und Versichertes Risiko.....	23
2. Beginn und Dauer des Versicherungsschutzes	24
3. Entschädigungsleistungen des Versicherers	24
4. Nicht versicherte Tatbestände.....	24
5. Obliegenheiten des Versicherungsnehmers.....	25
6. Finanzierung.....	25
7. „Direktklage“ des Bauherrn im Insolvenzfall des Versicherungsnehmers (Action directe)	26
IV. Freiwillige Zusatzversicherungen.....	26
2. Abschnitt: Entwicklung der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung in Deutschland	27
A. Historische Entwicklung unter Einfluss des französischen Bauversicherungssystems	27
B. Gegenwärtige Entwicklung der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung.....	29
I. Gegenwärtige Entwicklung in der Versicherungswirtschaft	29
II. Gegenwärtige Entwicklung in Rheinland-Pfalz.....	29
III. Gegenwärtige Entwicklung in Deutschland.....	30
1. Allgemeine Entwicklung	30

2. Gegenwärtige Forderungen an die deutsche Gesetzgebung.....	30
4. Kapitel: Die Baufertigstellungsversicherung.....	33
1. Abschnitt: Allgemein.....	33
2. Abschnitt: Haftungsrechtliche Ebene.....	34
A. Haftungsrechtliche Ebene nach BGB und VOB/B bis zur Abnahme.....	34
B. Vertragspflichten des Auftragnehmers	34
I. Herstellungsverpflichtung	34
1. Allgemein.....	34
2. Änderung bzw. Erweiterung des Leistungsumfangs	35
II. Sonstige Vertragspflichten des Auftragnehmers.....	35
III. Leistungsstörungen.....	35
C. Rechtsfolgen der Vertragspflichtverletzungen des Auftragnehmers vor der Abnahme	36
I. Ansprüche des Auftraggebers nach BGB	36
1. Mangelhafte Leistung	36
a) Anwendbarkeit der §§ 634 ff. BGB auch schon vor der Abnahme?	37
i) Allgemeines Leistungsstörungenrecht.....	37
ii) Rechte auf Selbstvornahme und Minderung?.....	38
b) Mängelrechte auch schon vor Ablauf des Fertigstellungstermins?	39
2. Verzögerte Leistungen.....	40
3. Vertragsstrafe.....	42
II. Ansprüche des Auftraggebers nach VOB/B.....	43
1. Mangelhafte Leistung	43
a) Mängelbeseitigung und Schadensersatz	44
b) Ersatzvornahme.....	44

2.	Verzögerte Leistung	45
3.	Vertragsstrafe	46
III.	Sowiesokosten des Auftraggebers	46
1.	Grundsätzlicher Vorteilsausgleich	46
2.	Ausnahmen	47
3. Abschnitt:	Insolvenzrechtliche Ebene	48
A.	Insolvenz des Auftragnehmers	48
I.	Hohe Insolvenzhäufigkeit der Bauwirtschaft	48
II.	Formelle Insolvenz	49
1.	Zahlungsunfähigkeit nach §§ 16, 17 InsO	49
2.	Drohende Zahlungsunfähigkeit nach §§ 16, 18 InsO	50
3.	Überschuldung nach §§ 16, 19 InsO	50
III.	Materielle Insolvenz	50
IV.	Wirtschaftliche Folgen der Insolvenz des Auftragnehmers für den Auftraggeber	51
1.	(Fertigstellungs-) Mehrkosten	51
2.	Kosten für die Feststellung des Bauzustands	51
3.	Verzögerungsschäden	51
a)	Stillstandskosten wegen Schäden am Bauwerk	51
b)	Entschädigung anderer am Bau beteiligter Unternehmer	52
c)	Mittelbare Verzögerungskosten	52
4.	Weitere Kosten des Auftraggebers	52
B.	Insolvenzrechtliche Lage des Bauvertrags	52
I.	Rechtslage des Bauvertrags im Insolvenzeröffnungsverfahren	54
1.	Insolvenzeröffnungsverfahren	54
a)	Vorprüfungsverfahren	54

i)	Sicherungsmaßnahmen nach § 21 Abs. 2 InsO.....	54
ii)	Vorläufiger Insolvenzverwalter.....	54
(a)	„Starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter.....	55
(b)	„Schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter.....	55
b)	Hauptprüfungsverfahren.....	56
c)	Mögliche Konstellationen des Bauvertrags im Insolvenzeröffnungsverfahren.....	56
(i)	(Keine) Erfüllung des Bauvertrags durch den vorläufigen Insolvenzverwalter.....	57
(ii)	(Keine) Kündigung des Bauvertrags durch den Auftraggeber....	57
(iii)	Ablehnung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse	57
2.	Erfüllung des Bauvertrags durch den vorläufigen Insolvenzverwalter	57
a)	Insolvenzrechtliche Lage des Bauvertrags im Erfüllungsfall	57
b)	Vertragsfortführung aus Sicht des Auftraggebers und deren Risiken.....	58
i)	Vorteile der Vertragsfortführung für den Auftraggeber	58
ii)	Risiken der Vertragsfortführung für den Auftraggeber.....	58
(a)	Mehrkosten trotz Vertragsfortführung	59
(i)	Kosten für die Feststellung des Bauzustandes	59
(ii)	Stillstandskosten wegen Schäden am Teilwerk.....	59
(b)	„Wertlose“ Mängelansprüche wegen – aus der Zeit vor der (im Insolvenz(eröffnungs)verfahren erfolgten) Vertragsfortführung verursachter – Mängel: lediglich Insolvenzforderungen (oder aber „werthaltige“ Masseverbindlichkeiten)?	59
(i)	BGH: (wohl) Masseverbindlichkeit.....	60
(ii)	a.A.: (lediglich) Insolvenzforderung.....	61

(iii) Mögliche Mehrkosten für den Auftraggeber aufgrund e.g. Rechtsunsicherheit	62
c) Vertragsfortführung aus Sicht des vorläufigen Insolvenzverwalters und deren Risiken	63
i) Vorteile der Vertragsfortführung für den vorläufigen Insolvenzverwalter	63
ii) Risiken der Vertragsfortführung für den vorläufigen Insolvenzverwalter	64
3. Ablehnung der Erfüllung des Bauvertrags durch den vorläufigen Insolvenzverwalter	65
4. Kündigung des Bauvertrags durch den Auftraggeber und deren Rechtsfolgen.....	65
a) Individualvertraglich vereinbartes Sonderkündigungsrecht für den Insolvenzfall des Auftragnehmers	66
b) Kündigungsrechte im Insolvenzfall des Auftragnehmers nach BGB.....	66
i) Freie Kündigung nach § 649 BGB und deren Rechtsfolgen	66
(a) § 649 S. 1 BGB.....	66
(b) Rechtsfolgen aus § 649 S. 2 BGB	67
(i) Abrechnung nach freier Kündigung unter Berücksichtigung ersparter Aufwendungen und anderweitigem Erwerb.....	67
(ii) Pauschalierte Vergütungsklausel.....	69
ii) Außerordentliches insolvenzbedingtes Kündigungsrecht des Auftraggebers nach BGB?	70
(a) Bejahend (für Architektenvertrag nach BGB): OLG Frankfurt	70
(b) Verneinend: überwiegende Literatur	71
iii) Zwischenergebnis.....	71
c) Kündigungsrechte im Insolvenzfall des Auftragnehmers nach VOB/B	71

i) Freie Kündigung nach § 8 Nr. 1 VOB/B und deren Rechtsfolgen	71
ii) Außerordentliche Kündigungsrechte im Insolvenzfall nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 1, 2 und 4 VOB/B	72
(a) 3 Alternativen im Insolvenzeröffnungsverfahren.....	72
(b) Wirksamkeit des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B bei AGB-rechtlicher Inhaltskontrolle nach § 307 BGB?.....	72
(i) Verneinend: (noch vereinzelte) Literatur	73
(ii) Bejahend: Rechtsprechung zur KO und (herrschende) Literatur... ..	73
(c) Wirksamkeit des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B nach § 119 InsO?.....	74
(i) Problemstellung	74
(ii) Folgeprobleme der (Un-)Wirksamkeit nach § 119 InsO	76
(d) Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 1 VOB/B wegen Zahlungseinstellung des Auftragnehmers	77
(i) Tatbestandsvoraussetzungen	77
(ii) Wirksamkeit nach § 119 InsO?.....	78
(e) Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 4 VOB/B wegen Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse	78
(f) (Streitiges) Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 2 VOB/B wegen Insolvenzantragstellung.....	79
(i) Tatbestandsvoraussetzungen	79
(ii) Wirksamkeit nach § 119 InsO?.....	80
(iii) Verneinend: (Teile der) Literatur.....	80
(iv) Bejahend: (OLG-)Rechtsprechung sowie (überwiegende) Literatur	81
(g) Zwischenergebnis bezüglich der Wirksamkeit von § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 2 sowie Alt. 1 und 4 VOB/B	82

5. Ablehnung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse.....	82
II. Rechtslage des Bauvertrags ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens.....	82
1. Eröffnung des Insolvenzverfahrens	82
2. Erfüllung des Bauvertrags durch Insolvenzverwalter.....	83
a) Insolvenzrechtliche Lage des Bauvertrags im Erfüllungsfall.....	83
i) BGH (alt): Erlöschenstheorie.....	83
ii) BGH (neu): Suspensivtheorie.....	84
b) Vertragsfortführung aus Sicht des Insolvenzverwalters und deren Risiken	84
c) Vertragsfortführung aus Sicht des Auftraggebers und deren Risiken.....	86
3. Ablehnung der Erfüllung des Bauvertrags durch den Insolvenzverwalter und deren Folgen für den Auftraggeber	86
a) Ablehnung des Insolvenzverwalters	86
b) Folgen für den Auftraggeber.....	87
4. Kündigung des Bauvertrags durch den Auftraggeber und deren Rechtsfolgen.....	88
a) Individualvertraglich vereinbartes Kündigungsrecht im Insolvenzfall und (kein) Kündigungsrecht nach BGB.....	88
b) (Streitiges) Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 3 VOB/B wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens.....	89
i) Tatbestandsvoraussetzungen	89
ii) Wirksamkeit nach § 119 InsO?	89
(a) Verneinend: (Teile der) Literatur.....	89
(b) Bejahend: (OLG-)Rechtsprechung sowie (überwiegende) Literatur ..	90

(c) Zwischenergebnis bezüglich der Wirksamkeit von § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 3 VOB/B.....	91
4. Abschnitt: Deckungsrechtliche Ebene	91
A. Allgemein.....	91
B. Rechtsstellung und Direktanspruch des Auftraggebers im Insolvenzfall des Versicherungsnehmers aus Vertrag zugunsten Dritter.....	92
C. Deckung nach den Versicherungsbedingungen für die Baufertigstellungsversicherung (VB BFV (2008))	93
I. Deckung dem Grund nach.....	93
1. Gegenstand der Versicherung nach Ziff. 1.1 VB BFV (2008)	93
2. Versicherungsfall nach Ziff. 2.1 VB BFV (2008)	94
3. Mögliche Konstellationen des (Nicht-)Eintritts des Versicherungsfalls nach Ziff. 2 VB BFV (2008)	94
a) Kein Versicherungsfall bei materieller Insolvenz des Auftragnehmers... 94	
b) Versicherungsfall im Insolvenzeröffnungsverfahren	94
i) Erfüllung des Bauvertrags durch den vorläufigen Insolvenzverwalter: kein Versicherungsfall	95
ii) Ablehnung der Erfüllung des Bauvertrags durch den vorläufigen Insolvenzverwalter (und keine Kündigung durch den Auftraggeber): kein Versicherungsfall.....	95
iii) Kündigung des Bauvertrags durch den Auftraggeber: Eintritt des Versicherungsfalls	96
(a) Kündigung des BGB-Bauvertrags und deren Rechtsfolgen bzw. Risiken für den Auftraggeber.....	96
(b) Kündigung des VOB-Bauvertrags und deren Rechtsfolgen bzw. Risiken für den Auftraggeber.....	97
iv) Ablehnung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse: Eintritt des Versicherungsfalls.....	98

c) Versicherungsfall ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens.....	98
i) Erfüllung des Bauvertrags durch den Insolvenzverwalter: kein Versicherungsfall.....	98
ii) Ablehnung der Erfüllung des Bauvertrags durch den Insolvenzverwalter: Eintritt des Versicherungsfalls	99
iii) Kündigung des Bauvertrags durch den Auftraggeber: Eintritt des Versicherungsfalls.....	100
4. Dauer des Versicherungsschutzes und Abnahme nach Ziff. 5 VB BFV (2008).....	100
II. Deckung der Höhe nach.....	101
1. Umfang des Versicherungsschutzes nach Ziff. 3 VB BFV (2008)	101
2. Entschädigungsleistungen des Versicherers nach Ziff. 6 VB BFV (2008)	102
a) Mehrkostenerstattungsanspruch nach Ziff. 6.1 und 6.2 S. 1 Hs. 1 VB BFV (2008)	102
b) (Keine) Anrechnung bestimmter Beträge nach Ziff. 6.2 VB BFV (2008) ..	102
i) Anrechnung von Sowiesokosten nach Ziff. 6.2 S. 1 Hs. 2 VB BFV (2008)	103
(a) Widerspruch zwischen Ziff. 6.2 S. 1 Hs. 2 VB BFV (2008) und Ziff. 7.4 VB BFV (2008) in Bezug auf die „Sowiesokosten“	103
(b) AGB-rechtliche Auflösung des Widerspruchs zulasten des Versicherers?.....	104
ii) Keine Anrechnung bestimmter (Werklohn-)Forderungen nach Ziff. 6.2 S. 2 VB BFV (2008).....	105
iii) Anrechnung bestimmter (Schadensersatz-)Forderungen nach Ziff. 6.2 S. 3 VB BFV (2008)	105
c) Fälligkeit und Erstattung der Entschädigungsleistungen an den Auftraggeber nach Ziff. 6.3 sowie Ziff. 10.5 und 10.6 VB BFV (2008)	106

III.	Deckungsausschlüsse bzw. –einschränkungen	108
1.	Nicht versicherte Tatbestände nach Ziff. 7 VB BFV (2008).....	108
a)	Folgekosten aufgrund nicht (vertragsgerecht) erbrachter Bauvertragsleistungen nach Ziff. 7.1 VB BFV (2008).....	108
i)	Vertragsstrafe.....	108
ii)	Schadensersatzansprüche bzw. Verzugsschadensleistungen	109
b)	Kosten aufgrund nicht vereinbarungsgemäßer Teilzahlungen nach Ziff. 7.2 VB BFV (2008).....	109
c)	Kosten aufgrund Überzahlungen nach Ziff. 7.3 VB BFV (2008).....	110
d)	Sowiesokosten nach Ziff. 7.4 VB BFV (2008).....	111
2.	Weitere Deckungseinschränkung bei Leistungserweiterungen und Leistungsänderungen	111
D.	Deckungsrechtliche Besonderheiten der Baufertigstellungsversicherung	113
I.	Gutachterliche Baubegleitung des Bauvorhabens nach Ziff. 8 VB BFV (2008).	113
II.	Einmaliger Versicherungsbeitrag nach Ziff. 9 VB BFV (2009).....	114
III.	Pflichten und Obliegenheiten sowohl des Versicherungsnehmers als auch des Auftraggebers	114
1.	Pflichten und Obliegenheiten des Versicherungsnehmers sowie Rechtsfolgen ihrer Verletzung.....	114
a)	Vorvertragliche Anzeigepflichten nach Ziff. 11.1 VB BFV (2008).....	114
b)	Pflichten und Obliegenheiten vor Eintritt des Versicherungsfalls nach Ziff. 11.2 VB BFV (2008).....	115
c)	Pflichten und Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalls nach Ziff. 11.3 VB BFV (2008).....	116
d)	Rechtsfolgen bei Verletzung von Pflichten und Obliegenheiten des Versicherungsnehmers nach Ziff. 12 und 13 VB BFV (2008).....	116

i) Rechtsfolgen bei Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten nach Ziff. 12 VB BFV (2008)	116
(a) Rücktrittsrecht des Versicherers nach Ziff. 12.1 und 12.3 VB BFV (2008)	116
(b) AGB-rechtliche Wirksamkeit des Erstattungsanspruchs des Versicherers nach Ziff. 12.1.3 VB BFV (2008)?	117
(c) Kündigungsrecht des Versicherers nach Ziff. 12.2.1/12.3 VB BFV (2008)	119
(d) Rückwirkende Vertragsanpassung nach Ziff. 12.2.2 VB BFV (2008)	119
(e) Anfechtungsrecht des Versicherers nach Ziff. 12.4 S. 1 VB BFV (2008)	120
(f) AGB-rechtliche Wirksamkeit des Erstattungsanspruchs des Versicherers nach Ziff. 12.4 S. 2 VB BFV (2008)?	120
ii) Rechtsfolgen bei Verletzung von Pflichten und Obliegenheiten vor Eintritt des Versicherungsfalls nach Ziff. 13 VB BGV (2008)	120
2. Pflichten und Obliegenheiten des Auftraggebers sowie Rechtsfolgen ihrer Verletzung	120
a) Anzeigepflichten und Obliegenheiten im Insolvenzfall des Versicherungsnehmers sowie Rechtsfolgen ihrer Verletzung	120
b) Besonderheiten der Pflichten und Obliegenheiten im Vertrag zugunsten Dritter	121
i) Besonderheiten des Vertrags zugunsten Dritter	121
ii) Gefährdung des Versicherungsschutzes durch ein Fehlverhalten des Versicherungsnehmers zulasten des drittbegünstigten Auftraggebers?	122
IV. Weitere Kündigungs- und Rücktrittsrechte des Versicherers	123
1. Fristlose Kündigung wegen unvollständiger Baubegleitung nach Ziff. 8.3 und 13 VB BFV (2008)	123

2. Rücktritt wegen nicht rechtzeitiger Beitragszahlung nach Ziff. 9.5 VB BFV (2008)	124
V. Übergang des Unternehmens des Versicherungsnehmers auf einen Dritten nach Ziff. 14 VB BFV (2008)	125
1. Übergang des Unternehmens nach Ziff. 14.1 VB BFV (2008)	125
2. Beitragszahlung bei Unternehmensübergang nach Ziff. 14.2 VB BFV (2008)	126
VI. Verjährung nach Ziff. 16 VB BFV (2008) sowie Klagefrist nach Ziff. 10.6 VB BFV (2005) für Altverträge	126
VII. Zuständiges Gericht nach Ziff. 17 VB BFV (2008)	126
VIII. Übergangsregelung für Altverträge nach Art. 1 Abs. 1 EGVVG und Bedingungsanpassung nach Art. 1 Abs. 3 EGVVG bzw. Ziff. 18 VB BFV (2008)	127
1. Übergangsregelung für Altverträge nach Art. 1 Abs. 1 EGVVG	127
2. Bedingungsanpassung nach Art. 1 Abs. 3 EGVVG bzw. Ziff. 18 VB BFV (2008)	127
5. Kapitel: Die Baugewährleistungsversicherung	129
1. Abschnitt: Allgemein	129
2. Abschnitt: Haftungsrechtliche Ebene	129
A. Haftungsrechtliche Ebene nach BGB und VOB/B ab Abnahme	129
B. Mängelrechte des Auftraggebers nach BGB	130
I. Mangelbegriff i.S.v. § 633 BGB	130
1. Sachmangel i.S.v. § 633 Abs. 2 BGB	131
2. Rechtsmangel i.S.v. § 633 Abs. 3 BGB	132
II. Nacherfüllung nach §§ 634 Nr. 1, 635, 633 BGB	132
1. Nachbesserung bzw. Neuherstellung	133

2.	Umfang der Nacherfüllungsaufwendungen	133
III.	Minderung nach §§ 634 Nr. 3 Alt. 2, 638, 633 BGB.....	134
1.	Anspruchsvoraussetzungen nach § 638 Abs. 1 BGB: (lediglich) Rücktrittsvoraussetzungen	134
2.	Keine weiteren Einschränkungen (im Gegensatz zu § 13 Nr. 6 Hs. 1 VOB/B sowie Ziff. 1.3.1 und 7.3 VB BGV (2008))	135
3.	Berechnung der Minderung.....	135
IV.	Sonstige Mängelrechte nach § 634 BGB.....	136
V.	Verjährung der (versicherten) Mängelrechte nach BGB.....	136
1.	Verjährung der Nacherfüllung.....	136
a)	Verjährungsfristen nach § 634 a Abs. 1 bis 3 BGB	136
b)	Verjährung der Mängelbeseitigungsleistung nach §§ 203 bzw. 212 BGB	137
2.	Verjährung der Minderung	138
C.	Mängelrechte des Auftraggebers nach VOB/B.....	139
I.	Mangelbegriff nach § 13 Nr. 1 VOB/B.....	140
II.	Nacherfüllung nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B	140
III.	Minderung nach Ziff. 13 Nr. 6 VOB/B i.V.m. § 638 Abs. 2 bis 4 BGB.....	141
IV.	Verjährung der (versicherten) Mängelrechte nach VOB/B.....	142
1.	Verjährung der Nacherfüllung.....	142
a)	Verjährungsfristen nach Ziff. 13 Nr. 4 Abs. 1 und 2 VOB/B.....	142
b)	Verjährung gerügter Mängel nach Ziff. 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B.....	142
c)	Verjährung der Mängelbeseitigungsleistung nach Ziff. 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 3 VOB/B	143
2.	Verjährung der Minderung	143

3. Abschnitt: Insolvenzrechtliche Ebene	143
A. Unterschiedlicher Insolvenzbegriff auf insolvenz- und deckungsrechtlichen Ebene	144
I. „Insolvenz“ i.S.d. InsO.....	144
II. „Insolvenz“ i.S.d. Baugewährleistungsvericherung.....	144
B. Rechtslage der Mängelansprüche im Insolvenzeröffnungsverfahren.....	145
C. Rechtslage der Mängelansprüche ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens	146
I. Mängelansprüche wegen - aus der Zeit vor dem eröffneten Insolvenzverfahren verursachter – Mängel bei Nicht-Vertragsfortführung.....	146
II. Mängelansprüche wegen - aus der Zeit vor dem eröffneten Insolvenzverfahren verursachter – Mängel bei Vertragsfortführung	146
III. Mängelansprüche wegen - aus der Zeit ab dem eröffneten Insolvenzverfahren verursachter – Mängel bei Vertragsfortführung	147
4. Abschnitt: Deckungsrechtliche Ebene	147
A. Allgemein.....	147
B. Deckung nach den Versicherungsbedingungen für die Baugewährleistungsvericherung (VB BGV (2008))	148
I. Deckung dem Grund nach.....	148
1. Gegenstand der Versicherung nach Ziff. 1 VB BGV (2008)	148
a) Gegenstand nach Ziff. 1.3 VB BGV (2008).....	148
b) Bauvorhaben und Leistungsumfang einschließlich dessen Änderungen bzw. Erweiterungen nach Ziff. 1.1 VB BGV (2008).....	148
c) Voraussetzungen des Versicherungsschutzes nach Ziff. 1.2 VB BGV (2008) i.V.m. Ziff. 8.2 und 5 VB BGV (2008)	149
i) Versicherungsschutz nach Ziff. 1.2 VB BGV (2008).....	149
ii) Bauleistung i.S.v. Ziff. 1.2.1 VB BGV (2008).....	149

iii) Abnahme des Bauvorhabens nach Ziff. 1.2.2 VB BGV (2008) i.V.m. Ziff. 8.2 VB BGV (2008)	149
(a) Abnahme durch förmliche Schlussabnahme	150
(b) Abnahme durch Ingebrauchnahme	150
iv) Dauer des Versicherungsschutzes bzw. der Leistungsverpflichtung nach Ziff. 5.2 VB BGV (2008)	151
d) Mitversicherte Mängelansprüche wegen - durch Subunternehmer etc. verursachter - Mängel nach Ziff. 1.2 S. 2 - 3 VB BGV (2008)	151
2. Versicherungsfall nach Ziff. 2 VB BGV (2008)	152
II. Deckung der Höhe nach	152
1. Umfang des Versicherungsschutzes nach Ziff. 3 VB BGV (2008)	152
a) Befriedigung „berechtigter“ Mängelansprüche	152
b) Rechtsschutzfunktion	153
c) Selbstbehalt nach Ziff. 3.3 VB BGV (2008)	153
2. Entschädigungsleistungen des Versicherers nach Ziff. 6 VB BGV (2008)	154
a) Voraussetzungen für Entschädigungsleistungen nach Ziff. 6.1 VB BGV (2008)	154
b) Direktauszahlung der Entschädigungsleistungen an Versicherungsnehmer bzw. dessen (nicht unproblematische) Freistellung nach Ziff. 6.1 VB BGV (2008)	154
c) Umfang der Entschädigungsleistungen nach Ziff. 6.1.1 – 6.3 VB BGV (2008)	156
i) Sämtliche Mängelbeseitigungskosten nach BGB und VOB/B einschließlich vorbereitender und wiederherstellender Maßnahmen nach Ziff. 6.1.1 VB BGV (2008)	156
ii) Mängelbeseitigungskosten (lediglich) auf Selbstkostenbasis nach Ziff. 6.1.1 S. 1 und 6.1.2 VB BGV (2008)	157

iii)	(Begrenzte) Schadenssuchkosten nach Ziff. 6.2 VB BGV (2008).....	157
iv)	(Begrenzte) Entschädigungsleistung bei optischen Mängeln nach Ziff. 6.3 VB BGV (2008)	157
III.	Deckungsausschlüsse bzw. -einschränkungen.....	158
1.	Nicht versicherte Tatbestände nach Ziff. 7 VB BGV (2008).....	158
a)	Ausschluss bestimmter Mängelrechte	158
i)	Sonstige Mängelrechte außer Nacherfüllung und Minderung nach Ziff. 7.3 VB BGV (2008)	158
(a)	Schadensersatzansprüche, insbesondere wegen Mangelfolgeschäden nach Ziff. 7.7 VB BGV (2008)	158
(b)	Rücktritt nach Ziff. 7.8 VB BGV (2008).....	159
ii)	Mängelrechte wegen nicht erfolgter bzw. nicht ordnungsgemäßer Mängelbeseitigung nach Ziff. 7.4 VB BGV (2008).....	159
b)	Ausschluss bestimmter Sachmängel nach Ziff. 7.5 VB BGV (2008)	160
i)	Versagen der Technik an haustechnischen Anlagen nach Ziff. 7.5.1 VB BGV (2008).....	160
ii)	Nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechende u.ä. Baustoffe/-teile nach Ziff. 7.5.2 VB BGV (2008).....	161
iii)	Baugrundrisiko nach Ziff. 7.5.3 VB BGV (2008)	162
iv)	Raumakustikmängel nach Ziff. 7.5.4 VB BGV (2008).....	162
v)	Außenanlagenmängel nach Ziff. 7.5.5 VB BGV (2008).....	162
vi)	Bauleistungsmängel wegen ausschließlich mangelhafter Planung nach Ziff. 7.5.9 VB BGV (2008)	162
(a)	Bauleistungsmangel wegen ausschließlich mangelhafter Planung eines – in der Berufshaftpflichtversicherung (pflicht- bzw. freiwillig) versicherten – Architekten, Ingenieurs bzw. auch Bauunternehmers/Auftragnehmers.....	163

(b) Bauleistungsmangel wegen ausschließlich mangelhafter Planung eines – nicht über die Berufshaftpflichtversicherung versicherten – Bauunternehmers/Auftragnehmers	163
(i) Mangelhafte Planungsleistung des Bauunternehmers/Auftragnehmers bezüglich des Herstellungsprozesses bzw. seiner Nebenleistungen	163
(ii) Mangelhafte Planungsleistung des Bauunternehmers/Auftragnehmers bezüglich der konkreten Ausgestaltung des Bauobjekts	164
(c) Bauleistungsmangel wegen nicht ausschließlich mangelhafter Planung/Quotale Mitverursachung anderer Umstände	165
c) Ausschluss sämtlicher Rechtsmängel nach Ziff. 7.11 VB BGV (2008)	166
d) Sonstige Ausschlüsse nach Ziff. 7 VB BGV (2008)	166
i) Sowiesokosten Ziff. 7.6 VB BGV (2008)	166
ii) Selbständige Garantiezusagen nach Ziff. 7.9 VB BGV (2008)	166
iii) Wartungs- und Inspektionsverträge nach Ziff. 7.10 VB BGV (2008)	167
iv) Ausschluss wegen Identität von Auftraggeber und Versicherungsnehmer nach Ziff. 7.5.7 VB BGV (2008) sowie bei Eigenleistung des Auftraggebers nach Ziff. 7.5.8 VB BGV (2008)	167
v) Ausschluss aufgrund wirtschaftlicher bzw. familiärer Verflechtungen des Versicherungsnehmers nach Ziff. 7.12 - 7.14 VB BGV (2008)	167
vi) Ansprüche aus Vorsatz Dritter nach Ziff. 7.1 VB BGV (2008) und aufgrund bewusst pflichtwidrigen Verhaltens des Versicherungsnehmers nach Ziff. 7.2 VB BGV (2008)	168
e) Subsidiarität der Baugewährleistungsver sicherung nach Ziff. 7.5.6 VB BGV (2008)	168
2. Weitere Deckungseinschränkungen	169

a) Deckungseinschränkung bei Leistungserweiterungen und Leistungsänderungen.....	169
b) Deckungseinschränkung auf „erstmals“ nach Abnahme auftretende Mängel nach Ziff. 1.2 S. 1 und 7.4 VB BGV (2008)	169
c) Keine Deckung bei fehlerhaften Subunternehmerverträgen nach Ziff. 1.2 S. 3 VB BGV (2008) und damit verbundene Risiken für Versicherungsnehmer und Auftraggeber.....	170
d) Keine Deckung (mehr) bezüglich Arbeitsgemeinschaften?	172
e) Keine Deckung bei – später als 12 Monate erfolgter - Abnahme nach Ziff. 1.2.3 VB BGV (2008).....	173
f) Keine Deckung bei pflichtwidriger Erledigung eines Mängelanspruchs nach Ziff. 3.1.4 VB BGV (2008)	174
g) Keine Deckung unterhalb des Selbstbehalts des Versicherungsnehmers nach 3.3 VB BGV (2008)	174
h) Deckungseinschränkung bei (lediglich auf Selbstkosten begrenzter) Entschädigung von Mängelbeseitigungskosten Dritter nach Ziff. 6.1 VB BGV (2008).....	174
i) Deckungseinschränkungen bei (begrenzten) Schadenssuchkosten nach Ziff. 6.2 VB BGV (2008) und optischen Mängeln nach Ziff. 6.3 VB BGV (2008).....	174
C. Rechtsstellung und Direktanspruch des Auftraggebers im Insolvenzfall des Versicherungsnehmers aus Vertrag zugunsten Dritten	175
I. Mögliche Konstellationen des (Nicht-)Eintritts des Versicherungsfalls im Insolvenzfall des Versicherungsnehmers nach Ziff. 10.2 VB BGV (2008)	175
1. Kein Versicherungsfall während des Insolvenzeröffnungsverfahrens.....	175
2. Versicherungsfall ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. Ablehnung mangels Masse und dessen deckungsrechtliches Verhältnis zu bestehenden Mängelansprüchen	176

a) Deckung für - aus der Zeit vor dem eröffneten Insolvenzverfahren verursachte - Mängel bei Nicht-Vertragsfortführung.....	176
b) Deckung für - aus der Zeit vor dem eröffneten Insolvenzverfahren verursachte - Mängel bei Vertragsfortführung	176
c) Deckung für - aus der Zeit ab dem eröffneten Insolvenzverfahren verursachte - Mängel bei Vertragsfortführung	177
II. Der Direktanspruch des Auftraggebers.....	178
1. (Zertifizierter) Vertrag zugunsten Dritter unter Verzicht auf § 334 BGB.....	178
2. Voraussetzungen und Umfang des Direktanspruchs: Prinzip der „Abbildung des Deckungsverhältnisses im Vollzugsverhältnis“	179
a) Zweigliedriges Geltendmachungs- und Direktanspruchsrecht.....	179
b) Prinzip der „Abbildung des Deckungsverhältnisses im Vollzugsverhältnis“	180
III. Einschränkungen des Direktanspruchs.....	181
1. Kein Direktanspruch bei Mängeln bis 500,00 Euro nach Ziff. 10.4 VB BGV (2008) und dessen Verhältnis zum Selbstbehalt des Versicherungsnehmers.	181
2. Einschränkung des Direktanspruchs aus Ziff. 6 VB BGV (2008).....	182
a) Prinzip der „Abbildung des Deckungsverhältnisses im Vollzugsverhältnis“	182
b) Entschädigungsleistung nur auf Selbstkostenbasis nach Ziff. 6.1 – 6.1.2 VB BGV (2008)?	182
3. Einschränkung des Direktanspruchs auch durch – Einwendungen i.S.v. § 334 BGB ähnlichen – Ausschlusstatbestände?	184
a) Ausschlüsse unabhängig vom (Fehl-)Verhalten des Auftragnehmers	184
b) Ausschlüsse aufgrund eines (Fehl-)Verhaltens des Auftragnehmers: auch Verzicht auf § 334 BGB?	184

D.	Deckungsrechtliche Besonderheiten der Baugewährleistungsversicherung	186
I.	Gutachterliche Baubegleitung des Bauvorhabens nach Ziff. 8 VB BGV (2008)	186
II.	Einmaliger Versicherungsbeitrag nach Ziff. 9 VB BGV (2008)	186
III.	Pflichten und Obliegenheiten sowohl des Versicherungsnehmers als auch des Auftraggebers	188
1.	Pflichten und Obliegenheiten des Versicherungsnehmers sowie Rechtsfolgen ihrer Verletzung	188
a)	Vorvertragliche Anzeigepflichten nach Ziff. 11.1 VB BGV (2008)	188
b)	Pflichten und Obliegenheiten vor Eintritt des Versicherungsfalls nach Ziff. 11.2 VB BGV (2008)	188
c)	Pflichten und Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalls nach Ziff. 11.3 VB BGV (2008)	188
d)	Rechtsfolgen bei Verletzung von Pflichten und Obliegenheiten des Versicherungsnehmers nach Ziff. 12 und 13 VB BGV (2008)	189
i)	Rechtsfolgen bei Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten nach Ziff. 12 VB BGV (2008)	189
(a)	Rücktritt nach Ziff. 12.1 VB BGV (2008) und Wirksamkeit des Erstattungsanspruchs des Versicherers nach Ziff. 12.1.3 S. 4 VB BGV (2008)?	189
(b)	Kündigungsrecht des Versicherers nach Ziff. 12.2.1 und 12.3 VB BGV (2008) und Rückwirkende Vertragsanpassung nach Ziff. 12.2.2 VB BGV (2008)	189
(c)	Anfechtungsrecht des Versicherers nach Ziff. 12.4 S. 1 VB BGV (2008) und Wirksamkeit des Erstattungsanspruchs des Versicherers nach Ziff. 12.4 S. 2 VB BGV (2008)?	190
ii)	Rechtsfolgen bei Verletzung von Pflichten und Obliegenheiten vor und (auch) nach Eintritt des Versicherungsfalls nach Ziff. 13 VB BGV (2008)	190

2. Pflichten und Obliegenheiten des Auftraggebers sowie Rechtsfolgen ihrer Verletzung	190
IV. Weitere Kündigungs- und Rücktrittsrechte des Versicherers	191
1. Fristlose Kündigung wegen unvollständiger Baubegleitung nach Ziff. 8.3 und 13 VB BGV (2008) sowie Rücktritt wegen nicht rechtzeitiger Beitragszahlung nach Ziff. 9.5 VB BGV (2008)	191
2. Besonderes Rücktrittsrecht im Insolvenzfall wegen nicht rechtzeitiger Beitragszahlung nach Ziff. 9.7 VB BGV (2008)	191
V. Übergang des Unternehmens des Versicherungsnehmers auf einen Dritten nach Ziff. 14 VB BGV (2008)	192
VI. Verjährung nach Ziff. 16 VB BGV (2008), Zuständiges Gericht nach Ziff. 17 VB BGV (2008) sowie Übergangsregelung für Altverträge nach Art. 1 Abs. 1 EGVVG und Bedingungsanpassung nach Art. 1 Abs. 3 EGVVG bzw. Ziff. 18 VB BGV (2008)	192

6. Kapitel: Die Praktikabilität der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung193

1. Abschnitt: Untersuchung der Praktikabilität	193
2. Abschnitt: Systeminterne Praktikabilität der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung	194
A. Praktikabilität der Baufertigstellungsversicherung	194
I. Vorteile der Baufertigstellungsversicherung	194
1. Vorteile der Baufertigstellungsversicherung aus Sicht des Auftragnehmers	194
a) Frühzeitige Mängelerkennung und langfristige Qualitätssicherung durch gutachterliche Baubegleitung	195
b) (Eventuell) positives Marketinginstrument und Wettbewerbsvorteil	195

c) (Eventuell) keine Notwendigkeit weiterer Sicherheitsstellungen, insbesondere einer Vertragserfüllungsbürgschaft	196
2. Vorteile der Baufertigstellungsversicherung aus Sicht des Auftraggebers	196
a) (Größtenteils) effektive Insolvenzversicherung von Fertigstellungs- und Mängelbeseitigungsansprüchen durch verbrieften Direktanspruch des Auftraggebers	196
b) Umfangreiche Mehrkostenerstattung	197
c) Reduzierung von Vorfinanzierungskosten durch (verbraucherfreundliche) Kostenübernahmeerklärung des Versicherers bzw. Direktabrechnung mit Ersatzunternehmer	197
d) Keine Selbstbeteiligung des Auftraggebers	198
e) Frühzeitige Mängelerkennung und langfristige Qualitätssicherung durch gutachterliche Baubegleitung	198
f) Einfach zu handhabendes und für den Auftraggeber (vordergründig) prämienfreies Sicherungsinstrument	198
II. Nachteile der Baufertigstellungsversicherung	199
1. Nachteile der Baufertigstellungsversicherung aus Sicht des Auftragnehmers	199
a) Kostenmäßige Mehrbelastung des Auftragnehmers durch einmaligen Versicherungsbeitrag und Sachverständigenkosten	199
b) (Eventuell) kein Wettbewerbsvorteil wegen Verteuerung des Bauvorhabens und erhöhte Akzeptanzschwelle seitens des Auftraggebers	200
c) (Eventuell) kein Interesse an gutachterlicher bzw. allzu umfangreicher Baukontrolle	201
d) (Eventuell) negatives Marketinginstrument bzw. hohe Akzeptanzschwelle seitens des Auftragnehmers bezüglich einer Versicherung gegen sein eigenes Insolvenzrisiko	202

2. Nachteile der Baufertigstellungsversicherung aus Sicht des Auftraggebers.....	202
a) Verteuerung des Bauvorhabens auf Auftraggeberseite	202
b) Kein Eintritt des Versicherungsfalls bei BGB-Bauvertrag mangels insolvenzbedingten Sonderkündigungsrechts sowie (unverhältnismäßig) verzögerter Eintritt des Versicherungsfalls erst ab Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse bzw. Ablehnung der Vertragserfüllung im Insolvenzverfahren.....	203
c) Risikobehafteter Eintritt des Versicherungsfalls bei insolvenzbedingter Kündigung nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B.....	204
d) (Verfehlte) Kündigungsobliegenheit des Auftraggebers nach Ziff. 10.4.1 VB BFV (2008)	205
e) Keine Erstattung bestimmter Mehrkosten aufgrund (allzu) weitreichender Ausschlusstatbestände in Ziff. 7.1 – 7.3 VB BFV (2008)	205
f) Keine Mehrkostenerstattung bei Vertragsfortführung im Insolvenz(eröffnungs)verfahren	206
g) Risiko des versicherungsrechtlichen Verlusts des (regelmäßig) einzigen Sicherungsmittels des Auftraggebers unabhängig vom bzw. im Insolvenzfall des Auftragnehmers.....	206
i) (Eventuell) Wegfall des Versicherungsschutzes unabhängig vom Eintritt des Insolvenzfalls v.a. wegen eines (Fehl)Verhaltens des Auftragnehmers sowie bei Übergang des Unternehmens des Versicherungsnehmers auf Dritte	207
ii) (Eventuell) Wegfall des Versicherungsschutzes im Insolvenzfall aufgrund des „nicht eindeutigen“ Einwendungsverzichts des Versicherers ...	207
h) Eingeschränkte Bau- und Qualitätskontrolle mangels Auskunftsanspruchs des Auftraggebers bezüglich gutachterlicher Baubegleitung	208

III.	Gesamtbewertung der Praktikabilität der Baufertigstellungsversicherung	209
B.	Praktikabilität der Baugewährleistungsversicherung	210
I.	Vorteile der Baugewährleistungsversicherung	210
1.	Vorteile der Baugewährleistungsversicherung aus Sicht des Auftragnehmers	210
a)	Umfangreiche Absicherung des Nacherfüllungs- und Minderungsrisikos des Auftragnehmers	210
b)	Mitversicherung der von Subunternehmern verursachten Nacherfüllungs- und Minderungsrisiken des Hauptunternehmers	211
c)	Umfangreiche Unterstützung im Versicherungsfall mit Spezialwissen einschließlich Rechtsschutz und Kostenübernahmeerklärung	211
d)	Frühzeitige Mängelerkennung und langfristige Qualitätssicherung durch gutachterliche Baubegleitung	212
e)	(Sicherlich) positives Marketinginstrument und Wettbewerbsvorteil	212
f)	(Eventuell) keine Notwendigkeit weiterer Sicherheitsstellungen, insbesondere einer Gewährleistungsbürgschaft	212
2.	Vorteile der Baugewährleistungsversicherung aus Sicht des Auftraggebers	213
a)	Umfangreiche Absicherung der Nacherfüllungs- und Minderungsrechte des Auftraggebers	213
b)	(Größtenteils) effektive Insolvenzversicherung der Nacherfüllungs- und Minderungsrechte durch verbrieften Direktanspruch des Auftraggebers	213
c)	Im Insolvenzfall Reduzierung von Vorfinanzierungskosten durch (verbraucherfreundliche) Kostenübernahmeerklärung des Versicherers bzw. Direktabrechnung mit Ersatzunternehmer	214
d)	Frühzeitige Mängelerkennung und langfristige Qualitätssicherung durch gutachterliche Baubegleitung	214
II.	Nachteile der Baugewährleistungsversicherung	214

1. Nachteile der Baugewährleistungsver­si­che­rung aus Sicht des Auf­trag­neh­mers	214
a) Kostenmäßige Mehrbelastung des Auf­trag­neh­mers durch einmaligen Ver­si­che­rungsbeitrag, Sachverständigenkosten und ggf. Selbstbehalt	215
b) Kein vollumfänglicher Ver­si­che­rungsschutz für die gesamte Mängelhaftung des Auf­trag­neh­mers	215
c) Eingeschränkter Ver­si­che­rungsschutz auf „erst­mals“ nach Abnahme auftretende Mängel	216
d) Eingeschränkter Ver­si­che­rungsschutz bei Bau­trä­gern	216
e) Eingeschränkter Ver­si­che­rungsschutz bei Beauftragung von Subunternehmern	217
f) Ersatz von Mängelbeseitigungskosten Dritter lediglich auf Selbstkostenbasis	218
g) (Eventuell) kein Wettbewerbsvorteil wegen Verteuerung des Bauvorhabens sowie (eventuell) negatives Marketinginstrument bzw. hohe Akzeptanzschwelle seitens des Auf­trag­neh­mers	218
2. Nachteile der Baugewährleistungsver­si­che­rung aus Sicht des Auf­trag­ge­bers .	
.....	219
a) Korrespondierende Nachteile auch auf Seiten des Auf­trag­ge­bers	219
i) Verteuerung des Bauvorhabens	219
ii) Kein vollumfänglicher Ver­si­che­rungsschutz für die gesamte Mängelhaftung des Auf­trag­neh­mers	219
iii) Eingeschränkter Ver­si­che­rungsschutz auf „erst­mals“ nach Abnahme auftretende Mängel	220
iv) Eingeschränkter (Insolvenz-)Ver­si­che­rungsschutz bei Bau­trä­gern bzw. Beauftragung von Subunternehmern	220
b) (Eventuell) keine Mängelbeseitigungsbereitschaft des Auf­trag­neh­mers bei Mängeln unterhalb dessen Selbstbehalts bzw. wegen - lediglich auf	

Selbstkostenbasis erfolgreicher - Erstattung von Mängelbeseitigungskosten Dritter.....	221
c) (Eventuell) auch im Insolvenzfall - lediglich auf Selbstkostenbasis erfolgende – Erstattung von Mängelbeseitigungskosten Dritter	222
d) Kein Direktanspruch bei Mängeln bis 500,00 Euro und dessen rechtsunsicheres Verhältnis zum Selbstbehalt des Versicherungsnehmers ...	223
e) Risiko des versicherungsrechtlichen Verlusts des (regelmäßig) einzigen Sicherungsmittels des Auftraggebers unabhängig vom bzw. im Insolvenzfall des Auftragnehmers	223
f) Keine Waffengleichheit im Versicherungsfall aufgrund geballten Spezialwissens einschließlich Rechtsschutz auf Auftragnehmerseite.....	224
III. Gesamtbewertung der Praktikabilität der Baugewährleistungsversicherung...	225
3. Abschnitt: Systemkonkurrierende Praktikabilität der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung im Vergleich zur Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft	226
A. Vergleich: Baufertigstellungsversicherung – Vertragserfüllungsbürgschaft	226
I. Vorteile der Vertragserfüllungsbürgschaft im Vergleich zur Baufertigstellungsversicherung	226
1. Wesentlich weiterer Sicherungsumfang der Vertragserfüllungsbürgschaft unabhängig von der Insolvenz des Auftragnehmers	226
a) (Wesentlich weiterer) Sicherungsumfang der Vertragserfüllungsbürgschaft	226
b) Sicherung der (Fertigstellungs- bzw. Mängelbeseitigungs-) Mehrkosten auch außerhalb der Insolvenz des Auftragnehmers	227
2. Erstattung weiterer (in der Baufertigstellungsversicherung ausgeschlossener) Mehrkosten auch außerhalb der Insolvenz des Auftragnehmers.....	227
a) Sämtliche Ansprüche des Auftraggebers aus Verzug des Auftragnehmers	228

b) Vertragsstrafen	228
c) Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung bzw. statt der Leistung	228
d) Rückgewähr zu früh geleisteter Voraus- bzw. Abschlagszahlungen bei Nicht-Fertigstellung.....	228
e) Mehrkostenerstattung bei Vertragsfortführung im Insolvenz(eröffnungs)verfahren	229
3. Einstandspflicht der Vertragserfüllungsbürgschaft (jedenfalls) ohne Erfordernis einer weiteren risikobehafteten insolvenzbedingten Kündigung des Auftraggebers	229
4. (Äußerst streitige) Einstandspflicht der Vertragserfüllungsbürgschaft bei Leistungserweiterungen und Leistungsänderungen.....	229
5. Abschluss der Vertragserfüllungsbürgschaft auch einzeln bzw. unabhängig von einer Gewährleistungsbürgschaft möglich.....	230
II. Nachteile der Vertragserfüllungsbürgschaft im Vergleich zur Baufertigstellungsversicherung.....	231
1. (Ebenfalls) Verteuerung des Bauvorhabens	231
2. Wesentlich geringere Mehrkostenübernahme im Insolvenzfall	231
3. (Ebenso) keine Rückgewähr geleisteter Überzahlungen.....	231
4. Keine Zweckbindung der Bürgschaftssumme	232
5. Risiken verzögerter (Bürgschafts-)Auszahlungen wegen des eigenen Prüfungsrechts des Bürgen bzw. dessen Verteidigungsmöglichkeiten im Erstprozess	232
6. Risiko des Rückforderungsprozesses des Bürgen	233
7. (Ebenfalls bzw. höheres) Risiko des Verlustes des regelmäßig einzigen Sicherungsmittels des Auftraggebers	233
a) Risiko der Einwendungen und Einreden aus dem Bürgschaftsvertrag	234

b) Risiko der Einwendungen und Einreden aus der Sicherungsabrede	234
8. Rückgriff des Bürgen gegen den Auftragnehmer.....	235
9. Keine gutachterliche Baubegleitung.....	235
III. Bewertung	236
B. Vergleich: Baugewährleistungsver­si­che­rung – Gewährleistungsbürgschaft	238
I. Vorteile der Gewährleistungsbürgschaft im Vergleich zur Baugewährleistungsver­si­che­rung.....	238
1. Weiterer Sicherungsumfang der Gewährleistungsbürgschaft bezüglich (grundsätzlich) sämtlicher Mängelansprüche	238
a) (Ebenfalls) Nacherfüllungs- und Minderungsrechte des Auftraggebers in und auch außerhalb der Insolvenz	238
b) Anspruch auf Vorschuss für die Mängelbeseitigung und Selbstvornahmerecht.....	239
c) Wandlung bzw. (nunmehr streitiger) Rücktritt	239
d) Schadensersatzansprüche und Ersatz vergeblicher Aufwendungen	239
2. Erstattung weiterer (in der Baugewährleistungsver­si­che­rung ausgeschlossener) Mängelansprüche	239
3. Erstattung auch von Schadensersatzansprüchen einschließlich (auf dem Baumangel beruhender) Mangelfolgeschäden	240
4. Eintrittspflicht auch für - bei Abnahme noch ausstehender - Restarbeiten....	240
5. (Eventuell) Eintrittspflicht auch bezüglich vor der Abnahme bestehender Mängel.....	241
6. Keine Beschränkung der Entschädigung von Mängelbeseitigungskosten Dritter auf lediglich Selbstkostenbasis	241
7. Kein Selbstbehalt	241
8. (Äußerst streitige) Einstandspflicht der Gewährleistungsbürgschaft bei Leistungserweiterungen und Leistungsänderungen	242

II. Nachteile der Gewährleistungsbürgschaft im Vergleich zur Baugewährleistungsversicherung	242
1. (Ebenfalls) Verteuerung des Bauvorhabens	242
2. (Regelmäßig) höhere Sicherung durch die Baugewährleistungsversicherung aufgrund ihrer umfangreicheren Deckungssumme	242
3. Keine Sicherung sämtlicher dem Auftraggeber zustehender Ansprüche durch die Gewährleistungsbürgschaft	243
a) Keine Sicherung der Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten in natura	243
b) (Auch) kein Eintritt für nicht auf Baumängeln beruhenden Mangelfolgeschäden bzw. Ansprüchen aus sonstigen Vertragsverletzungen	244
4. Risiken verzögerter (Bürgschafts-)Auszahlungen wegen eigenen Prüfungsrechts des Bürgen bzw. dessen Verteidigungsmöglichkeiten im Erstprozess	244
5. Risiko des Rückforderungsprozesses des Bürgen	244
6. (Ebenfalls bzw. höheres) Risiko des Verlustes des regelmäßig einzigen Sicherungsmittels des Auftraggebers	244
7. Rückgriff des Bürgen gegen den Auftragnehmer	245
8. Keine Rechtsschutzfunktion	245
9. Keine gutachterliche Baubegleitung	245
III. Bewertung	245
C. Gesamtbewertung der systemkonkurrierenden Praktikabilität	246
4. Abschnitt: Systemmodifizierende Praktikabilität: Empfehlungen und Modifikationsvorschläge aus praktischer Sicht	247
A. Empfehlungen und Modifikationsvorschläge zur Baufertigstellungsversicherung .	247

I. Empfehlung: Keine voreilige Kündigungserklärung des Auftraggebers im Insolvenz(eröffnungs)verfahren aufgrund der Rechtsunsicherheit insolvenzbedingter Kündigungsrechte	247
II. Empfehlung: Individualvertragliche Vereinbarung eines insolvenzbedingten Sonderkündigungsrechts des Auftraggebers v.a. im BGB-Bauvertrag	249
III. Modifikationsvorschläge: Vereinfachung des Eintritts des Versicherungsfalls	249
1. Einführung einer versicherungsrechtlichen Obliegenheit des Auftragsnehmers zur individualvertraglichen Einräumung eines insolvenzbedingten Sonderkündigungsrechts des Auftraggebers	249
2. (Weitere) Alternative im Insolvenzeröffnungsverfahren: Kündigungsfreier Eintritt des Versicherungsfalls schon bei (ausdrücklicher bzw. nicht unverzüglicher) Ablehnung der Vertragserfüllung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter bzw. Auftragnehmer	250
3. (Ebenso) im eröffneten Insolvenzverfahren: Eintritt des Versicherungsfalls auch bei nicht unverzüglicher Ablehnung der Vertragserfüllung durch den Insolvenzverwalter	251
IV. Empfehlung: Umgehende Nachversicherung bei Leistungsänderungen bzw. Leistungserweiterungen des (ursprünglich versicherten) Bauvorhabens	251
V. (Generelle) Empfehlung: Vermeidung von zu frühen Teilzahlungen bzw. Überzahlungen durch sachverständige Prüfung	252
VI. Empfehlung: Zusatzvereinbarung eines Auskunftsrechts des Auftraggebers bezüglich der gutachterlichen Baubegeleitung	252
VII. Empfehlung: Kombination der Baufertigstellungsversicherung mit einer Vertragsstrafenvereinbarung	253
VIII. (Noch weitergehende) Empfehlung: Kombination der Baufertigstellungsversicherung mit einer Vertragserfüllungsbürgschaft für die versicherungsrechtlich nicht gedeckten Ansprüche v.a. außerhalb der Insolvenz des Auftragnehmers	253

IX. Modifikationsvorschlag: Erweiterung des Versicherungsschutzes der Baufertigstellungsversicherung auch auf die Sicherung des Auftraggebers außerhalb der Insolvenz des Auftragnehmers.....	254
X. Modifikationsvorschlag: Einführung eines zusätzlichen Sachversicherungsmodells mit dem Auftraggeber als Versicherungsnehmer.....	255
B. Empfehlungen und Modifikationsvorschläge zur Baugewährleistungsversicherung.....	256
I. Empfehlung: Regelmäßige Kombination der Baugewährleistungsversicherung mit einer insoweit sinnvoll ergänzenden Baufertigstellungsversicherung.....	256
II. Empfehlung: Kombination der Baugewährleistungsversicherung mit einer Gewährleistungsbürgschaft für die versicherungsrechtlich nicht gedeckten Mängelansprüche des Auftraggebers	256
III. Empfehlung: Umgehende Nachversicherung bei Leistungsänderungen bzw. Leistungserweiterungen des (ursprünglich versicherten) Bauvorhabens sowie Zusatzvereinbarung eines Auskunftsrechts bezüglich der gutachterlichen Baubegeleitung	257
IV. Modifikationsvorschlag: Transparentere Versicherungsbedingungen in Bezug auf den Insolvenzfall des Auftragnehmers.....	257
V. Modifikationsvorschlag: Erweiterung des Versicherungsschutzes der Baugewährleistungsversicherung auf einen der Gewährleistungsbürgschaft vergleichbaren Umfang	258
VI. Modifikationsvorschlag: Einführung eines zusätzlichen Sachversicherungsmodells mit dem Auftraggeber als Versicherungsnehmer.....	258
 7. Kapitel: Ergebnis der Untersuchung	259
 Literaturverzeichnis	263

Anhang.....273

Anhang I: Abdruck der zitierten Versicherungsbedingungen.....273

A. Versicherungsbedingungen für die Baufertigstellungs-Versicherung 2005 der VHV Vereinigte Hannoversche Versicherung a.G. (H 078)273

B. Versicherungsbedingungen für die Baufertigstellungs-Versicherung 2008 der VHV Vereinigte Hannoversche Versicherung a.G. (in der Fassung vom 26.01.2008) (H 080)281

C. Versicherungsbedingungen für die Baugewährleistungs-Versicherung 2005 der VHV Vereinigte Hannoversche Versicherung a.G. (H 077)293

D. Versicherungsbedingungen für die Baugewährleistungs-Versicherung 2008 der VHV Vereinigte Hannoversche Versicherung a.G. (in der Fassung vom 26.01.2008) (H 079)306

Anhang II: Abdruck der zitierten französischen Gesetze in deutscher Übersetzung323

Curriculum vitae331

Selbstständigkeitserklärung333

Abkürzungsverzeichnis

<i>a.A.</i>	andere Ansicht
<i>a.F.</i>	alte Fassung
<i>a.G.</i>	auf Gegenseitigkeit
<i>a. K.</i>	am Kaiserstuhl
<i>Abs.</i>	Absatz
<i>AGB</i>	Allgemeine Geschäftsbedingungen
<i>AGBG</i>	Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
<i>AKB</i>	Allgemeine Bedingungen für die Kraftverkehrsversicherung
<i>Alt.</i>	Alternative
<i>Art.</i>	Artikel
<i>Aufl.</i>	Auflage
<i>BauR</i>	Baurecht, Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
<i>bearb. v.</i>	bearbeitet von
<i>BFH</i>	Bundesfinanzhof
<i>BFV</i>	Baufertigstellungsversicherung
<i>BGB</i>	Bürgerliches Gesetzbuch
<i>BGH</i>	Bundesgerichtshof
<i>BGHZ</i>	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

<i>BGV</i>	Baugewährleistungsver sicherung
<i>bzw.</i>	beziehungsweise
<i>C.ass.</i>	Code des assurances
<i>C.c.</i>	Code civil
<i>ders.</i>	derselbe
<i>dgl.</i>	dergleichen
<i>e.g.</i>	eben genannt
<i>e.V.</i>	eingetragener Verein
<i>EGVVG</i>	Einführungsgesetz zu dem Gesetz über den Versiche- rungsvertrag
<i>Einf.</i>	Einführung
<i>erg.</i>	ergänzend
<i>f.</i>	folgende (Einzahl)
<i>ff.</i>	fortfolgende (Mehrzahl)
<i>Fn.</i>	Fußnote
<i>GbR</i>	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
<i>gem.</i>	gemäß
<i>Ggf.</i>	gegebenenfalls
<i>GmbH</i>	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
<i>Hrsg.</i>	Herausgeber
<i>hrsg. v.</i>	herausgegeben von
<i>Hs.</i>	Halbsatz
<i>i. Br.</i>	im Breisgau
<i>i.d.R.</i>	in der Regel
<i>i.H.v.</i>	in Höhe von

<i>i.S.d.</i>	im Sinne des/der
<i>i.S.v.</i>	im Sinne von
<i>i.V.m.</i>	in Verbindung mit
<i>IBR</i>	Immobilien- und Baurecht (Zeitschrift)
<i>InsO</i>	Insolvenzordnung
<i>Jg.</i>	Jahrgang
<i>KG</i>	Kommanditgesellschaft
<i>KO</i>	Konkursordnung
<i>KTS</i>	Konkurs-, Treuhand-, Schiedsgerichtswesen, Zeitschrift für Insolvenzrecht
<i>LG</i>	Landgericht
<i>m.E.</i>	meines Erachtens
<i>n.F.</i>	neue Fassung
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NJW-RR</i>	NJW-Rechtsprechungs-Report, Zivilrecht
<i>Nr.</i>	Nummer
<i>NZBan</i>	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
<i>o.ä.</i>	oder ähnlich
<i>o.g.</i>	oben genannt
<i>OHG</i>	Offene Handelsgesellschaft
<i>OLG</i>	Oberlandesgericht
<i>Rdnr.</i>	Randnummer
<i>s.</i>	siehe
<i>S.</i>	Satz
<i>s.o.</i>	siehe oben

<i>s.u.</i>	siehe unten
<i>sog.</i>	sogenannt
<i>u.a.</i>	unter anderem
<i>u.ä.</i>	und ähnliches
<i>u.U.</i>	unter Umständen
<i>Urt.</i>	Urteil
<i>usw.</i>	und so weiter
<i>v.</i>	vom, von, vor
<i>v.a.</i>	vor allem
<i>V.a.G.</i>	Versicherung auf Gegenseitigkeit
<i>Var.</i>	Variante
<i>VB</i>	Versicherungsbedingungen
<i>VB BFV (2005) bzw. (2008)</i>	Versicherungsbedingungen für die Baufertigstellungsversicherung 2005 bzw. 2008 der VHV Vereinigte Hannoverische Versicherung a.G.
<i>VB BGV (2005) bzw. (2008)</i>	Versicherungsbedingungen für die Baugewährleistungsverversicherung 2005 bzw. 2008 der VHV Vereinigte Hannoverische Versicherung a.G.
<i>vgl.</i>	vergleiche
<i>VOB</i>	Vergabe- und Vertragsordnung
<i>VOB/A</i>	Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen
<i>VOB/B</i>	Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen
<i>Vorb. v.</i>	Vorbemerkung vor
<i>VVG</i>	Versicherungsvertragsgesetz

<i>z.B.</i>	zum Beispiel
<i>z.T.</i>	zum Teil
<i>Ziff.</i>	Ziffer
<i>ZIP</i>	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
<i>ZPO</i>	Zivilprozessordnung

1. Kapitel: Einleitung

Die Baufertigstellungsversicherung und die Baugewährleistungsver­ sicherung als „junge Sicherungsformen jenseits der klassischen Sicherheiten“¹ sind für das deutsche Versiche­ rungs- und Baurecht neuartige Sicherungsinstrumente am Bau. Neuartig bzw. nahezu revo­ lutionär an diesen Versicherungssystemen ist, dass sie sich von dem über Jahrzehnte hin­ weg geltenden versicherungsrechtlichen Dogma, die baurechtliche Erfüllungs- und Män­ gelhaftung des Auftragnehmers sowie das damit verbundenen Insolvenzrisiko nicht versi­ chern zu können, lösen und für ein nunmehr versicherbares Bauvorhaben grundsätzlich Versicherungsschutz von der Baufertigstellungsphase bis zum Eintritt der Verjährung be­ stimmter Mängelansprüche des Auftraggebers gewähren: So sichert (vereinfacht gesagt) die Baufertigstellungsversicherung den Auftraggeber vor der Insolvenz des Auftragnehmers bis zur Abnahme des versicherten Bauvorhabens. Danach tritt während des bauvertraglichen Verjährungszeitraums die Baugewährleistungsver­ sicherung für dieses Insolvenzrisiko ein und bietet darüber hinaus als wesentliche Neuerung dem Auftragnehmer einen umfangrei­ chen Versicherungsschutz für bestimmte Risiken seiner Mängelhaftung, insbesondere bei berechtigter Geltendmachung von Nacherfüllungs- bzw. Minderungsrechten durch den Auftraggeber.

Bereits dieser Umstand des Neuen, aber auch die Tatsache, dass die Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsver­ sicherung von der Rechtswissenschaft bislang nur „stiefmütterlich“² behandelt worden sind, sind Grund genug, diese beiden Versicherungen vertiefend zu un­ tersuchen. Erklärtes Ziel dieser Forschungsarbeit ist es, die Praktikabilität der Baufertigstel­ lungs- und Baugewährleistungsver­ sicherung, d.h. deren Zweckdienlichkeit in Bezug auf das jeweils verfolgte Sicherungsziel rechtswissenschaftlich zu analysieren und daraus praxisori­ entierte Empfehlungen und Modifikationsvorschläge abzuleiten.

Dazu ist es erforderlich, einleitend zwecks Herausarbeitung der Neuartigkeit der Baufertig­ stellungs- und Baugewährleistungsver­ sicherung die klassischen Sicherungsinstrumente am

¹ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 421 und 427.

² Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 235.

³ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 235.
³ Locher/Locher, Das Private Baurecht, S. 372.

Bau mit ihren (nachteiligen) Auswirkungen auf die Baupraxis aufzuzeigen (2. Kapitel), sowie die historische und gegenwärtige Entwicklung beider Versicherungen unter Einfluss des französischen Bauversicherungssystems, welches beim deutschen Versicherungsmodell Pate gestanden hat, darzustellen (3. Kapitel).

Im 4. und 5. Kapitel werden dann die haftungs-, insolvenz- und deckungsrechtlichen Grundlagen der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsver sicherung untersucht: Auf haftungs- und insolvenzrechtlicher Ebene werden im Wesentlichen die Rechtsbeziehungen zwischen Auftragnehmer auf der einen und Auftraggeber auf der anderen Seite zivil- und insolvenzrechtlich betrachtet sowie anschließend deren Auswirkungen auf die deckungsrechtliche, d.h. versicherungsrechtliche Ebene im Verhältnis zwischen Auftragnehmer als Versicherungsnehmer und seinem Versicherer.

Die aus diesen Rechtsebenen resultierenden Problemkreise fließen in die im 6. Kapitel vorzunehmenden Praktikabilitätsbewertungen der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsver sicherung ein: Zum einen soll deren Zweckdienlichkeit durch einen Vergleich der Vor- und Nachteile des jeweiligen Versicherungssystems aus Sicht des Auftragnehmers und des Auftraggebers bewertet werden (nachfolgend als „Systeminterne Praktikabilität“ bezeichnet). Zum anderen soll die sog. „Systemkonkurrierende Praktikabilität“ durch einen Vergleich dieser neuartigen Versicherungen mit anderen praxisrelevanten Sicherungsinstrumenten am Bau, insbesondere der Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft, untersucht werden, um den am Bau Beteiligten Empfehlungen aussprechen zu können, ob bzw. mit welchen Modifikationen die Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsver sicherung praktikable Sicherungsinstrumente darstellen (sog. „Systemmodifizierende Praktikabilität“).

Die darauf basierende Gesamtbewertung im 7. Kapitel soll schließlich Auftragnehmer und Auftraggeber einen aus rechtspraktischer Sicht entwickelten Leitfaden an die Hand geben, den sie bei der Wahl ihres im Hinblick auf den angestrebten Sicherungszweck möglichst zweckdienlichen Sicherungsmittels berücksichtigen können, wobei unter Vorwegnahme des Ergebnisses dieser Untersuchung sowohl die Baufertigstellungsver sicherung als auch die Baugewährleistungsver sicherung als praktikable und auch (bei Beachtung gewisser Modifikationen) zukunftsfähige Sicherungsinstrumente am Bau empfehlenswert sind.

2. Kapitel: Klassische und neuartige Sicherungsinstrumente am Bau

Zwecks Sicherung des Auftraggebers gegen die - bei einem Bauvorhaben in der Fertigstellungs- und der sich dann anschließenden Mängelhaftungs-/Verjährungsphase bestehenden - Risiken einer nicht ordnungsgemäßen, d.h. nicht vollständigen, rechtzeitigen bzw. mangelfreien Erfüllung der vertraglichen Leistungspflichten durch den Auftragnehmer, sowie gegen die Folgen einer Insolvenz des Auftragnehmers stehen den am Bau Beteiligten diverse Sicherungsinstrumente zur Verfügung: Im Wesentlichen handelt es sich dabei um die klassischen Sicherungsmittel nach BGB und VOB/B v.a. in Form von Sicherungseinbehalten und Vertragserfüllungs- bzw. Gewährleistungsbürgschaften, während sich als neuartige Sicherungsinstrumente zusätzlich (möglicherweise in Kombination, s.u.) die Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung anbieten.

1. Abschnitt: Klassische Sicherungsinstrumente am Bau

In der Baupraxis sind, basierend auf den (insoweit nicht vollumfänglichen) Regelungen im BGB bzw. der VOB, nachfolgende klassische Sicherungsinstrumente vorzufinden:

A. Sicherheitsleistungen nach BGB und VOB

Der Begriff der Sicherheitsleistung wird weder im BGB noch in der VOB definiert, sondern jeweils in den einzelnen Bestimmungen vorausgesetzt³:

I. BGB

Die allgemeinen Bestimmungen über Sicherheitsleistung in den §§ 231 bis 240 BGB beziehen sich nur auf die materiellen Sicherheitsleistungen, begründen aber selbst keine gesetzliche Verpflichtung hierzu. § 232 Abs. 1 BGB eröffnet verschiedene Möglichkeiten, die Sicherheit zu bewirken, v.a. durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, Pfändung, Bestellung von Hypotheken etc.. § 232 Abs. 2 BGB legt zudem fest, dass die Bürgschaft

³ Locher/Locher, Das Private Baurecht, S. 372.

durch Stellung eines tauglichen Bürgen erfolgen kann, wenn keine Möglichkeit besteht, sie in einer gemäß § 232 Abs. 1 BGB aufgeführten Weise zu leisten.

II. VOB

Die VOB regelt v.a. in § 14 VOB/A und § 17 VOB/B (lediglich) einen Ausschnitt aus dem Bereich der materiellen Sicherheitsleistung, insbesondere kennt § 17 Nr. 2 VOB/B nur drei Arten von möglichen Sicherheitsleistungen, namentlich in Form der Sicherheit durch Einbehalt von Geld, Sicherheit durch Hinterlegung von Geld oder Sicherheit durch Bürgschaft eines nach bestimmten Kriterien zugelassenen Kreditinstituts bzw. Kreditversicherers. Im Bauwesen hat die Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld wenig praktische Bedeutung, während die Sicherheitsleistung durch Einbehalt von Zahlungen und durch Bürgschaften (v.a. in Form der Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft) „die in der Baupraxis geläufigsten“⁴ Arten der Sicherheitsgewährung darstellen⁵:

B. Sicherheitseinbehalt

Häufig wird in Bauverträgen die Sicherheitsleistung durch Einbehalt von Zahlungen geregelt (vgl. § 17 Nr. 2 Alt. 1 VOB/B). Der Sicherheitseinbehalt soll v.a. die Vertragserfüllungs- sowie Mängelansprüche des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer sichern. Voraussetzung ist eine entsprechende (v.a. AGB-rechtlich wirksame) vertragliche Vereinbarung, dass der Auftraggeber zu seiner Sicherheit insoweit fällige Vergütungszahlungen einbehalten darf. In der Baupraxis vereinbaren die Vertragsparteien oft als Sicherheitsleistung in Bauverträgen zunächst den Einbehalt von Werklohn, der dann wiederum durch eine Bürgschaft, zunächst durch eine Vertragserfüllungsbürgschaft, dann durch eine Gewährleistungsbürgschaft, abgelöst werden kann⁶.

C. Bürgschaften

Bürgschaften zugunsten des Auftraggebers sollen (im Sinne von § 17 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B) generell dazu dienen, sowohl die vertragsgemäße Ausführung der Leistung als auch die Durchsetzung der Mängelansprüche sicherzustellen. Meist werden diese Bürgschaften in

⁴ Schmidt, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 145.

⁵ Locher/Locher, Das Private Baurecht, S. 374.

⁶ Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, S. 662.

Form von Vertragserfüllungs- und/oder Gewährleistungsbürgschaften vereinbart und gestellt⁷. Die beiden eben genannten Bürgschaftsformen decken grundsätzlich unterschiedliche Bereiche ab:

I. Vertragserfüllungsbürgschaft

Die Vertragserfüllungsbürgschaft (auch „Ausführungsbürgschaft“ bzw. „Erfüllungsbürgschaft“ genannt) sichert den Anspruch des Auftraggebers aus dem Bauvertrag auf vertragsgemäße Erfüllung der Bauleistung und wird oft zur (möglichen) Ablösung eines Sicherheitseinbehalts vereinbart⁸. Üblicherweise sind durch die Vertragserfüllungsbürgschaft die bestehenden oder künftigen Ansprüche des Auftraggebers auf vollständige, rechtzeitige und (jedenfalls bis) zum Zeitpunkt der Abnahme mängelfreie Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung durch den Auftragnehmer gesichert⁹. Zusätzlich greift die Vertragserfüllungsbürgschaft auch im Insolvenzfall (s.u. zu den Einzelheiten, insbesondere im Vergleich zur Baufertigstellungsversicherung).

II. Gewährleistungsbürgschaft bzw. Mängelrechtebürgschaft

Die Gewährleistungsbürgschaft bzw. (nach der Schuldrechtsreform eigentlich zutreffender) „Mängelrechtebürgschaft bzw. Bürgschaft für Mängelansprüche“¹⁰ hingegen sichert bestehende oder künftige Mängelansprüche des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer aus dem Bauvertrag, d.h. bei einem BGB-Bauvertrag (jedenfalls) alle nach der Abnahme bestehenden Ansprüche aus § 634 BGB und bei einem VOB-Bauvertrag sämtliche Ansprüche aus § 13 VOB/B¹¹. Ebenso greift die Gewährleistungsbürgschaft auch im Insolvenzfall (s.u. zu den Einzelheiten, insbesondere im Vergleich zur Baugewährleistungsversicherung).

⁷ Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, S. 662.

⁸ Locher/Locher, Das Private Baurecht, S. 376; Schwärzel-Peters, Die Bürgschaft und verwandte Sicherungsmittel im Bauvertragsrecht, S. 123.

⁹ Schmidt, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 153; Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 243; Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 380.

¹⁰ May, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 188.

¹¹ Ingenstau/Korbion/Joussen, § 17 Nr. 1 VOB/B Rdnr. 23; Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 423.

D. Nachteilige Auswirkungen der klassischen Sicherungsinstrumente auf die Baupraxis

I. Nachteilige Auswirkungen auf den Auftragnehmer

Nicht unerhebliche, v.a. wirtschaftlich nachteilige Auswirkungen auf den Auftragnehmer haben die klassischen Sicherungsinstrumente, insbesondere der Sicherheitseinbehalt und die Baubürgschaften dadurch, dass sie beim Auftragnehmer zu einem hohen Maß an Eigenkapitalbindung führen, u.a. mit der Folge, dass im Wesentlichen der Liquiditätsspielraum und v.a. die Kreditlinie des Auftragnehmers erheblich eingeschränkt werden kann¹². So sollen nach Schätzungen des Ministeriums der Finanzen Rheinland-Pfalz v.a. Sicherheitseinbehalte bei einzelnen Unternehmen des Bauhaupt- und des Baunebengewerbes bis zu einem Viertel des Jahresumsatzes ausmachen¹³. Wird dann der Sicherheitseinbehalt durch eine Vertragserfüllungs- bzw. Gewährleistungsbürgschaft abgelöst, rechnen regelmäßig die finanzierenden Banken diese Bürgschaften wiederum auf die Kreditlinie des Auftragnehmers an u.a. mit der Folge, dass deren Kreditrahmen stark reduziert wird¹⁴. Grund hierfür ist v.a. im öffentlichen Bausektor, dass öffentliche Auftraggeber von den Auftragnehmern pauschal und meist ohne vorherige Prüfung Vertragserfüllungsbürgschaften i.H.v. regelmäßig 5% der Auftragssumme sowie nochmals Gewährleistungsbürgschaften i.H.v. 3-5% der Abrechnungssumme verlangen¹⁵, wobei u.U. den Bürgschaften noch ein entsprechender Sicherheitseinbehalt vorgeschaltet ist¹⁶.

¹² Steyer, IBR. Informationen Bau-Rationalisierung Jg. 34 Nr. 6 (2005), 16.

¹³ Ministerium der Finanzen Rheinland-Pfalz, Mängelansprüche-Versicherung: Großer Liquiditätsvorteil für Mittelstand und Handwerk (Pressemitteilung vom 20.03.2006), <http://www.fm.rlp.de/Aktuelles/Pressemitteilungen/presse2000.asp?Anzeige=Yes&Index1=311> (Stand: 12.05.2008).

¹⁴ Ministerium der Finanzen Rheinland-Pfalz, Mängelansprüche-Versicherung: Großer Liquiditätsvorteil für Mittelstand und Handwerk (Pressemitteilung vom 20.03.2006), <http://www.fm.rlp.de/Aktuelles/Pressemitteilungen/presse2000.asp?Anzeige=Yes&Index1=311> (Stand: 12.05.2008).

¹⁵ Steyer, IBR. Informationen Bau-Rationalisierung Jg. 34 Nr. 6 (2005), 16.

¹⁶ Ministerium der Finanzen Rheinland-Pfalz, Mängelansprüche-Versicherung: Großer Liquiditätsvorteil für Mittelstand und Handwerk (Pressemitteilung vom 20.03.2006), <http://www.fm.rlp.de/Aktuelles/Pressemitteilungen/presse2000.asp?Anzeige=Yes&Index1=311> (Stand: 12.05.2008).

II. Nachteilige Auswirkungen auf den Auftraggeber

Aus Sicht des (v.a. privaten) Auftraggebers ist der Leistungsumfang der klassischen Sicherungsmittel hauptsächlich im Insolvenzfall des Auftragnehmers insoweit nachteilig, als dass regelmäßig – sofern überhaupt im Bauvertrag vorgesehen – weder der Sicherheitseinbehalt noch die Bürgschaftssummen zur vollumfänglichen finanziellen Sicherung der eigentlich erforderlichen Baufertigstellungs- bzw. Mängelbeseitigungskosten ausreichen, was gerade auch in letzter Zeit als Konsequenz zu privaten Überschuldungen auf Bauherrenseite geführt hat¹⁷.

2. Abschnitt: Neuartige Sicherungsinstrumente am Bau: Die Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung

Als weitere Sicherungsinstrumente am Bau kommen die Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung in Form eines neuartigen Bauversicherungsmodells hinzu:

I. Neuartiges Bauversicherungsmodell

Bislang kannte die Versicherungswirtschaft als „wichtigste Bauversicherungen“¹⁸ im Wesentlichen die bauspezifischen Sachversicherungen (wie die Bauleistungs- bzw. Bauwesen-, Baugeräteversicherung etc.) sowie die bauspezifischen Haftpflichtversicherungen (wie die Betriebs-, Berufs-, Produkt-, Bauherrenhaftpflichtversicherung etc.), welchen der - das deutsche Versicherungsrecht über Jahrzehnte hinweg kennzeichnende und rechtsdogmatisch nahezu unumstößliche - Grundsatz innewohnte, dass die baurechtliche Erfüllungs- und Mängelhaftung des Auftragnehmers sowie das damit verbundene Insolvenzrisiko nicht versicherbar seien. Im Gegensatz dazu haben sich aufgrund der o.g. nachteiligen Auswirkungen der klassischen Sicherungsmittel öffentliche und private Auftraggeber (allen voran das Land Rheinland-Pfalz sowie die Verbraucherschutzorganisation Bauherren-Schutzbund e.V.) sowie Auftragnehmer (v.a. die Verbände der Bauwirtschaft in Rheinland-Pfalz) in Kooperation mit einem Bauspezialversicherer (namentlich die VHV Vereinigte Hannoversche Versicherung a.G., die in Deutschland bislang als einziger Versicherer ein entsprechendes Versicherungsmodell anbietet) veranlasst gesehen, ein - möglichst auf die jeweilige

¹⁷ Steyer, IBR. Informationen Bau-Rationalisierung Jg. 34 Nr. 6 (2005), 16.

¹⁸ Meier, Bauversicherungsrecht, S. 25.

haftungs- und insolvenzrechtliche Ebene abgestimmtes - versicherungsrechtliches Deckungskonzept, namentlich in Form der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung, zu entwickeln¹⁹, wobei diesem neuen Versicherungsmodell nachfolgende Zielsetzungen zugrunde liegen:

II. Zielsetzungen des neuartigen Bauversicherungsmodells

1. (Insolvenz-)Sicherung bestimmter Erfüllungs- und Mängelhaftungspflichten des Auftragnehmers

Durch die Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung sollen im Wesentlichen bestimmte Erfüllungs- und Mängelhaftungsansprüche des Auftraggebers und damit die haftungsrechtlichen Estandspflichten des Auftragnehmers gesichert werden. Des Weiteren sollen beide Versicherungsformen auch eine Insolvenzsicherung des öffentlichen und privaten Auftraggebers in Form eines Liquidationsschutzes²⁰ von der Errichtung des Bauvorhabens an bis zum Eintritt der Verjährung bieten.

2. (Wirtschaftliche) Entlastung des Auftragnehmers

Neben der Entlastung des Auftragnehmers (und letztendlich auch des Auftraggebers) von Mängelrisiken sollen die neuartigen Versicherungen als alternative Sicherungsmittel gegenüber den bisher in der Baupraxis verwendeten Sicherheitseinhalten bzw. Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaften v.a. zu einer wirtschaftlichen Entlastung des Auftragnehmers führen²¹, indem insbesondere die Liquiditätssituation des Unternehmers verbessert werden soll, wenn nicht mehr über Bürgschaften in einem zu hohen Maß Eigenkapital gebunden werde, sondern durch das Versicherungssystem mit einer (lediglich) einmalig zu Beginn des Bauvorhabens zu leistenden Versicherungsprämie der Liquiditätsspielraum und die Kreditlinie des Auftragnehmers weniger eingeschränkt werden sollen²². Eine solche wirtschaftlich geringere Belastung des Auftragnehmers ist auch wirtschaftspolitisch zugunsten der v.a. mittelständisch geprägten Baubranche (wie beispielsweise in Rheinland-

¹⁹ Steyer, IBR. Informationen Bau-Rationalisierung Jg. 34 Nr. 6 (2005), 16.

²⁰ Steyer, IBR. Informationen Bau-Rationalisierung Jg. 34 Nr. 6 (2005), 16.

²¹ v. Rintelen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, S. 1813.

²² Steyer, IBR. Informationen Bau-Rationalisierung Jg. 34 Nr. 6 (2005), 16; Kuffer/Wirth/Maurer, S. 849.

Pfalz) gewollt²³. Eine weitere finanzielle Entlastung erfährt der Auftragnehmer durch die Rechtsschutzfunktion der Baugewährleistungsversicherung in Form der Abwehr unberechtigter Ansprüche durch den Versicherer inklusive der Übernahme anfallender Verfahrenskosten²⁴.

3. Verbesserung der Bauqualität durch gutachterliche Baubegleitung

Sowohl in der Baufertigstellungs- als auch Baugewährleistungsversicherung wird das versicherte Bauprojekt ständig durch Bauqualitätskontrollen von anerkannten Sachverständigen (z.B. TÜV Süddeutschland, DEKRA) begleitet. Damit wird hauptsächlich das Ziel verfolgt, dass die Bauqualität des Auftragnehmers als Versicherungsnehmer insgesamt und auch langfristig verbessert wird. Weiterhin soll diese baubegleitende Qualitätskontrolle - neben der damit verbundenen Risikoreduzierung für den Versicherer und der ggf. in einer rechtlichen Auseinandersetzung als Beweismittel verwendbaren sachverständigen Dokumentation - auch Marketing- und Wettbewerbsvorteile für den Versicherungsnehmer bieten (s.u.)²⁵.

4. Verbraucherschutz

Nachdem ursprünglich (verständlicherweise seitens der Versicherungs- und Bauwirtschaft) die o.g. Ziele im Vordergrund standen, gewinnt die Verbraucherschutzfunktion dieses Bauversicherungsmodells eine immer größere Bedeutung, weil dadurch gerade der private Auftraggeber gegen das Insolvenzrisiko des Auftragnehmers sowohl in der Errichtungs- als auch in der Mängelhaftungsphase grundsätzlich umfangreich geschützt wird, insbesondere durch den jeweiligen Direktanspruch des Auftraggebers gegen den Versicherer im Insolvenzfall des Auftragnehmers (s.u.).

²³ Ministerium der Finanzen Rheinland-Pfalz, Mängelansprüche-Versicherung: Großer Liquiditätsvorteil für Mittelstand und Handwerk (Pressemitteilung vom 20.03.2006), <http://www.fm.rlp.de/Aktuelles/Pressemitteilungen/presse2000.asp?Anzeige=Yes&Index1=311> (Stand: 12.05.2008).

²⁴ v. Rintelen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, S. 1813.

²⁵ v. Rintelen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, S. 1813.

III. Dogmatische Einordnung der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung als „Versicherung sui generis“

Prinzipiell unterschied das Bauversicherungsrecht bislang zwischen den o.g. bauspezifischen Sach- und Haftpflichtversicherungen: Inhalt einer Sachversicherung ist (vereinfacht) der Ausgleich der Vermögenseinbuße durch Beschädigung, Zerstörung oder Verlust der versicherten Sache, versichert sind demnach Risiken, die auf die versicherte Sache einwirken²⁶. Durch eine Haftpflichtversicherung hingegen soll (vereinfacht) die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers für kausal auf sein Verhalten zurückzuführende Schäden bei einem Dritten versichert sein; allerdings geht es nicht um eine umfassende Absicherung, sondern nur um die Risiken, die auch eine verantwortungsbewusste Planungs- und Bautätigkeit mit sich bringt, d.h. Folgen aus mangelhafter Leistung sind grundsätzlich nicht Bestandteil der in den klassischen (Betriebs-, Berufs-, Produkt-, Bauherren-) Haftpflichtversicherungen versicherten Risiken²⁷. Insoweit ist die Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung vom Versicherungstypus her als eine „Versicherung sui generis“ zu bewerten, da beide Versicherungen im Wesentlichen die nicht ordnungsgemäße, d.h. nicht mangelfreie bzw. vollständige Leistung des Auftragnehmers und damit sein finanzielles Eigeninteresse versichern²⁸ und demnach nicht als Sachversicherung, sondern (zwar nicht identisch, aber eher) vergleichbar einer Haftpflichtversicherung ausgestaltet sind²⁹: Insbesondere die Baugewährleistungsversicherung erfasst nicht (primär) die Interessen des Auftraggebers, sondern zielt auf die Einstandsverpflichtung des Auftragnehmers im Zuge seiner Mängelhaftung ab³⁰. Gleichzeitig wird aber durch die Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung (sekundär) auch der Bauherr v.a. im Insolvenzfall des Auftragnehmers recht umfangreich abgesichert. Aufgrund dieser verschiedenartigen Interessenssicherungen handelt es sich damit um einen Versicherungstypus sui generis.

²⁶ Meier, Bauversicherungsrecht, S. 25.

²⁷ Meier, Bauversicherungsrecht, S. 25.

²⁸ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 244-245.

²⁹ Meier, Bauversicherungsrecht, S. 201; v. Rintelen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, S. 1812.

³⁰ Meier, Bauversicherungsrecht, S. 201.

IV. Versicherte Risiken der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung

Versicherungsrechtlich galt bislang das o.g. Dogma, dass – überspitzt formuliert – „Pfusch am Bau“ nicht versicherbar sei³¹. Die Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung brechen (nahezu revolutionär) mit diesem traditionellen Grundsatz und gewähren grundsätzlich Versicherungsschutz für das Erfüllungs- und Mängelhaftungsrisiko des Auftragnehmers³² (wobei klarstellend angemerkt sei, dass durch diese Versicherungen natürlich auch nicht jede Art von (beispielsweise vorsätzlichem) „Pfusch“ am Bau versichert werden soll, s.u.): Demnach soll der Auftragnehmer die versicherungsrechtliche Möglichkeit haben, seinem Vertragspartner die Erbringung seiner Erfüllungs- und Mängelhaftungspflichten ggf. auch im Insolvenzfall zu garantieren³³. Ein weiteres versichertes Risiko der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung ist das erhebliche Insolvenzrisiko am Bau: So räumen im Insolvenzfall des Auftragnehmers – bei der Baufertigstellungsversicherung von der Errichtungsphase des Bauvorhabens an bis zum Zeitpunkt der Abnahme und bei der Baugewährleistungsversicherung in der Mängelhaftungsphase vom Zeitpunkt der Abnahme bis zum Eintritt der Verjährung – beide Versicherungsformen dem Auftraggeber jeweils einen ihm garantierten Direktanspruch gegen den Versicherer auf Vertragserfüllung in Form der Mehrkostenerstattung sowie der Erstattung bestimmter Mängelbeseitigungskosten (einschließlich Minderung) im Rahmen des Versicherungsvertrages ein³⁴.

³¹ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1994.

³² Meier, Bauversicherungsrecht, S. 201.

³³ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1994.

³⁴ Steyer, IBR. Informationen Bau-Rationalisierung Jg. 34 Nr. 6 (2005), 16 (17).

3. Kapitel: Die Entwicklung der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung unter Einfluss des französischen Bauversicherungssystems

Hauptsächlich in – vom französischen Recht geprägten – Rechtsordnungen findet sich schon seit einigen Jahren die Möglichkeit für den Auftragnehmer, aber auch für den Auftraggeber, entsprechende Bauversicherungen abzuschließen, welche die Kosten der Nacherfüllung und insbesondere der Mängelbeseitigung tragen sollen. Einige Grundideen, insbesondere die der französischen Décennale-Versicherung (s.u.), spiegeln sich auch in dem von der deutschen Versicherungswirtschaft entwickelten Bauversicherungsmodell wieder³⁵:

1. Abschnitt: Entwicklung und Inhalt des Bauversicherungssystems in Frankreich

A. Historische Entwicklung

Frankreich kann im Hinblick auf sein Bauversicherungssystem auf eine lange historische Entwicklung zurückblicken³⁶: Bereits 1859 wurde die erste Versicherung auf Gegenseitigkeit durch Bauunternehmer gegründet, die im Wesentlichen das Haftpflichtrisiko abdeckte³⁷. Zu Anfang des 20. Jahrhunderts begannen auch die übrigen Versicherer, sich für das Baurisiko an sich zu interessieren, und stellten die ersten Bauplatzpolice aus, die eine jährliche Laufzeit hatten und erneuerbar waren. Jedoch verfügten die Versicherer nur über eine unzureichende Risikoerfahrung, die Police zeichneten sich durch hohe Franchisen, zahl-

³⁵ Steyer, IBR. Informationen Bau-Rationalisierung Jg. 34 Nr. 6 (2005), 16.

³⁶ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 3-124; Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 16-149.

³⁷ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 33.

reiche Ausschlüsse und einen stark begrenzten Deckungsumfang aus³⁸. 1928 wurde erstmals durch Gesetz (sog. „Loi Loucheur“) für Architekten und Bauunternehmer, die am Bau von Sozialwohnungen beteiligt waren, eine zwingende gesetzliche Versicherungspflicht zum Abschluss einer – im Sinne des französischen Versicherungsrechts zu verstehenden – „Haftpflichtversicherung“³⁹ eingeführt. Dies führte in der Folge zur Konzeption einer Versicherungspolice, die u.a. für einen bestimmten Bauplatz abgeschlossen werden konnte und die Haftpflichtrisiken des Architekten und Bauunternehmers im Hinblick auf deren gewährleistungsrechtliche Haftung gegenüber dem Bauherrn abdeckte⁴⁰. Dieses Loi Loucheur war zeitlich und sachlich begrenzt und führte zum Gesetz vom 31.12.1940 mit entsprechenden Ergänzungen, das seinerseits durch das Gesetz 77-2 vom 03. Januar 1977 ersetzt wurde, welches eine allgemeine gesetzliche Versicherungspflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung für Architekten einführt, wobei die Versicherungspflicht ausschließlich auf Architekten beschränkt war⁴¹. Im Gegensatz dazu bestand (bis zur Reform im Jahre 1978, s.u.) weder für den Bauunternehmer noch für den Bauherrn eine zwingend gesetzliche Versicherungspflicht: Die Unternehmerschaft versicherte sich teils freiwillig, teils auf Drängen ihrer v.a. öffentlichen Auftraggeber, wobei allerdings kleinere Unternehmer mangels öffentlicher Aufträge oft unversichert blieben⁴². Im Wesentlichen versicherten die auf Unternehmer bzw. ihre Beauftragten und Handwerker zugeschnittenen Policen das sich aus dem Code Civil ergebende Risiko einer Haftung gegenüber dem Bauherrn (s.u. zu den versicherungsrechtlichen Tatbeständen im Einzelnen)⁴³: Demnach waren grundsätzlich

³⁸ Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 124.

³⁹ Bereits an dieser Stelle sei im Wege der Rechtsvergleichung darauf hingewiesen wird, dass der nachfolgend verwendete, auf das französische Versicherungsrecht bezogene Terminus der „Haftpflichtversicherung“ mit dortiger Bezugnahme auf die v.a. gewährleistungsrechtliche Haftung des Bauunternehmers gerade nicht gleichzusetzen ist mit dem deutschen versicherungsrechtlichen Terminus der „(Betriebs-) Haftpflichtversicherung“, welcher sich nach deutschem Verständnis lediglich auf Schadensersatzansprüche aus Verletzung von Körper, Gesundheit und Leben etc. gegen den Bauunternehmer beschränkt (dazu auch später).

⁴⁰ Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 125.

⁴¹ Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 125.

⁴² Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 33; Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 127.

⁴³ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 42.

materielle und immaterielle Schäden sowie die Abbruchkosten eines mangelhaften Werkes versichert. Weiterhin kennt das französische Versicherungsrecht schon seit jeher die Möglichkeit, dass sich auch der Bauherr selbst im Wege einer Sachschadensversicherung gegen Schäden schützen kann⁴⁴.

B. Die Reform im Jahre 1978 auf Grundlage der Empfehlungen der „Spinetta-Kommission“

In einer ministerialen Bestandsaufnahme des gemeinhin als „Commission Spinetta“ bezeichneten Gremiums im Jahre 1975 wurde festgestellt, dass das seinerzeit geltende, oben beschriebene Gewährleistungs- und Versicherungssystem des französischen Bauwesens in mehreren Bereichen versagt habe: Es gereiche erstens nicht zu einem effektiven Verbraucherschutz, insbesondere müsse der private, technisch und juristisch unerfahrene Bauherr, der zahlreichen Baugewerbetreibenden und deren Versicherung gegenübersteht, die sich im Schadenfall gegenseitig die Verantwortung zuschieben, besser als nach bisherigem Recht geschützt werden, gerade auch im Falle der Insolvenz des Bauunternehmers; zweitens biete das System keinen Anreiz zum Fortschritt im Bausektor und drittens trage es nicht zur Anhebung der „gewerblichen Moral“ bei, was sich an der abnehmenden Güte der Bauausführung zeige; überdies seien eine überlange Regulierungsdauer, insbesondere zwischen den oben beschriebenen Unternehmensversicherungen auf der einen Seite und der Bauherrenversicherungen auf der anderen Seite, ein fortwährendes Anwachsen der Schwere der Mängel und eine notorische Unterversicherung beunruhigende Anzeichen einer nachteiligen Entwicklung⁴⁵. Aus dieser Bestandsaufnahme leitete die „Spinetta-Kommission“ das Gebot einer einheitlichen Gesamtreform dieses Rechtsbereiches her, die einen ausreichenden Verbraucherschutz, die Entwicklung einer industriellen Struktur und eine „Moralisierung des Bausektors“ gewährleisten sollte⁴⁶. Diese Zielsetzungen sollten – wie letztlich durch die gesetzgeberische Reform im Jahre 1979 im Wesentlichen umgesetzt (s.u.) – durch ein zweigleisiges System verwirklicht werden: Zum einen beruht dieses Sys-

⁴⁴ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 44.

⁴⁵ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 46-47; Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 128.

⁴⁶ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 47.

tem auf dem Prinzip der Vorfinanzierung der Mängelbehebung, die durch den gesetzlich zwingenden Abschluss einer Pflichtversicherung durch den Auftraggeber sichergestellt werden soll (nachfolgend im Sinne des französischen Rechts als „Obligatorische Schadensversicherung“ bezeichnet). Zum anderen wird durch eine Pflichtversicherung des Auftragnehmers (nachfolgend im Sinne des französischen Rechts als „Obligatorische Haftpflichtversicherung“ bezeichnet) die (zivilrechtlich vermutete) Mängelhaftung des Bauunternehmers, Bauträgers, Architekten usw. gedeckt. Das bei der vorleistenden Obligatorischen Schadensversicherung in der Regel entstehende Defizit wird dann nach Klärung der Verantwortlichkeitsfrage zwischen den beteiligten Schadens- und Haftpflichtversicherungen ausgeglichen. Dadurch sollte erreicht werden, dass Baumängel unverzüglich behoben werden können, ohne dass der Bauherr, der oft Laie ist, dem (nicht selten reparaturunwilligen) Vertragspartner dessen Verantwortlichkeit nachweisen muss. Weiter sollten langwierigen Rechtsstreitigkeiten zwischen den am Bau Beteiligten und den Versicherungsgesellschaften durch ein unkompliziertes System vorgebeugt werden⁴⁷. Auf dieser Grundlage wurde dann in Frankreich mit „Gesetz Nr. 78-12 vom 4. Januar 1978 betreffend die Haftung und Versicherung im Bauwesen“⁴⁸ dieses zweigliedrige Bauversicherungssystem in Form der Obligatorischen Bauhaftpflichtversicherung sowie der Obligatorischen Bauschadensversicherung unter gleichzeitiger Gesetzesänderung haftungsrechtlicher Bestimmungen, insbesondere des Gewährleistungs- und Verjährungsrechts eingeführt, wobei seit dessen Inkrafttreten zum 01. Januar 1979 dieses Gesetz mit seinen o.g. Prinzipien (abgesehen von unwesentlichen Änderungen) weiterhin dem Grunde nach seine Anwendung in der französischen Baupraxis findet.

C. Haftungsrechtliche Ebene nach französischem Recht

Die haftungsrechtliche Ebene, d.h. die zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen dem Bauherrn und dem „Erbauer“ (französisch: Constructeur) stellt sich aus Sicht des französischen Code civil (C.c.) überblicksweise wie folgt dar:

⁴⁷ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 47.

⁴⁸ Sämtliche deutsche Übersetzungen der zitierten französischen Gesetzestexte sind im Anhang abgedruckt und finden sich bei: Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 187-199.

I. Einjährige „Garantie für einwandfreie Herstellung“ (Garantie de parfait achèvement)

Gemäß Art. 1792-6 Abs. 2 (bis Abs. 6) C.c. „erstreckt sich die Garantie für einwandfreie Herstellung (Garantie de parfait achèvement), an die der Unternehmer für die Dauer eines Jahres ab Abnahme gebunden ist, auf die Nachbesserung aller Mängel, die der Bauherr durch Vorbehalte im Abnahmeprotokoll oder, bei Mängeln, die nach der Abnahme entdeckt werden, durch schriftliche Anzeige anmeldet“. Hierbei handelt es sich um eine zwingende objektive Garantie ohne Entlastungsmöglichkeit, die auf die Nachbesserung aller Mängel gerichtet ist, die der Bauherr im ersten Jahr nach der (auch im französischen Recht von zentraler Bedeutung) Abnahme dem Unternehmer schriftlich anzeigt⁴⁹. Die gesetzliche Einführung dieser Garantie bewirkt, dass die (nachfolgend beschriebenen) zwei- und zehnjährigen Haftungstatbestände erst ein Jahr später zum Tragen kommen. Eine gesetzliche Versicherungspflicht besteht jedoch nicht für diese einjährige Garantie für einwandfreie Herstellung⁵⁰.

II. Zweijährige „Funktionsgarantie“ (Garantie de bon fonctionnement)

Gemäß Art. 1792-3 C.c. „unterliegen die anderen Ausstattungsteile einer Mindestbetriebsgarantie (Garantie de bon fonctionnement) von zwei Jahren, die mit Abnahme des Bauwerks zu laufen beginnt“. Von dieser zweijährigen Funktionsgarantie sind – im Gegensatz zu den (von der nachfolgend beschriebenen, zehnjährigen „Garantiehafnung“ umfassten) untrennbaren Teilen – die trennbaren Ausstattungsteile des Gewerks, wie Fenster, Türen etc. umfasst. Dadurch soll nach der Intention des Gesetzgebers ein reibungsloser Gebrauch der jeweiligen Gegenstände für einen Zeitraum von zwei Jahren gewährleistet sein⁵¹. Bezüglich der Funktionsgarantie besteht ebenso keine gesetzliche Versicherungspflicht, diese ist aber in der Praxis im Rahmen einer freiwilligen Zusatzversicherung prinzipiell versicherbar⁵².

⁴⁹ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 71-72.

⁵⁰ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 72.

⁵¹ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 80.

⁵² Ministerium der Finanzen des Landes Rheinland-Pfalz/VHV Vereinigte Haftpflichtversicherung V.a.G., Deutsch-französisches Bauen 1999, S. 43-46.

III. Zehnjährige „Garantiehaftung“ (Responsabilité décennale)

Gemäß Art. 1792 C.c. „haftet der Erbauer eines Bauwerkes dem Bauherrn oder dem Erwerber des Bauwerkes ohne Weiteres für Schäden, auch wenn sie auf der Unzulänglichkeit des Bodens beruhen, die die Festigkeit des Bauwerkes beeinträchtigen oder es für seine Bestimmung unbrauchbar machen, weil eines seiner Hauptbestandteile oder seiner Ausstattungsteile von einem Schaden betroffen ist. Die Haftung tritt nicht ein, wenn der Erbauer beweist, dass die Schäden auf höherer Gewalt beruhen“. In Ergänzung dazu regelt Art. 2270 C.c. die Verjährung: „Jede natürliche oder juristische Person, deren Haftung aus Artikeln 1792 bis 1792-4 dieses Gesetzbuches hergeleitet werden kann, ist von der Haftung und den Garantien, die sie gemäß Artikeln 1792 bis 1792-2 treffen, nach zehn Jahren ab Abnahme der Arbeiten, bei Anwendung von Art. 1792-3 nach Ablauf der in jenem Artikel genannten Frist, befreit“. Weiterhin regelt Art. 1792-2 C.c.: „Die Haftungsvermutung des Artikels 1792 erstreckt sich auch auf Schäden, die die Festigkeit von Ausstattungsteilen eines Gebäudes betreffen, wenn diese unlösbar mit Bauteilen der Infrastruktur, des Fundaments, des Rahmens, der Wände oder der Bedachung verbunden sind. Ein Ausstattungsteil gilt als unlösbar mit einem der im vorherigen Absatz genannten Bauteile verbunden, wenn sein Ausbau, seine Zerlegung oder Ersetzung sich nicht ohne Zerstörung oder Entfernung von Baustoffen eines dieser Bauteile durchführen lässt“. Demnach sind nach Art. 1792, 1792-2, 2270 C.c. Gegenstand der zehnjährigen Garantiehaftung (Responsabilité décennale) die Schäden, die dem Bauherrn oder einem Erwerber dadurch entstehen, dass die Standfestigkeit des Bauwerks beeinträchtigt wird oder es für seine Zweckbestimmung ungeeignet ist, weil die Hauptbestandteile oder Ausstattungsteile mangelhaft sind⁵³. Die erste Haftungsalternative umfasst die Standfestigkeit des Bauwerks, wobei schon die Minderung der Dauerhaftigkeit als Tatbestandsvoraussetzung ausreichen soll⁵⁴. Die zweite Haftungsalternative, nämlich die fehlende Eignung des Gebäudes für den bestimmten Zweck bzw. die ungenügende Funktionsfähigkeit, führt aufgrund der nicht präzisen Fassung zu einem wesentlich größeren Entscheidungsspielraum für die Praxis und insbesondere für die

⁵³ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 76.

⁵⁴ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 77.

Rechtsprechung⁵⁵: In Abgrenzung zur oben beschriebenen „Zweijährigen Funktionsgarantie“ bezüglich abtrennbarer Ausstattungsteile umfasst die zehnjährige Garantiehaftung gemäß Art. 1792-2 C.c. sämtliche untrennbaren Ausstattungsteile (wobei hiervon in der Regel Geräte, Aggregate oder sonstige Einrichtungen des Komforts, der Lebenshaltung oder der Produktion umfasst sein sollen)⁵⁶. Bei der zehnjährigen „Garantiehaftung“ handelt es sich um eine sog. Haftung für vermutete Verantwortlichkeit. Diese Vermutung kann gemäß Art. 1792 Abs. 2 C.c. grundsätzlich nur dadurch entkräftigt werden, dass der Garantieschuldner nachweist, dass der Schaden von einem äußeren, von ihm nicht zu vertretenden Umstand ausgelöst wurde, wobei Art. 1792 Abs. 1 C.c. ausdrücklich hervorhebt, dass ein Mangel des Bodens nicht zu den Fällen höherer Gewalt gehört (beispielsweise kann die Haftung entfallen, wenn der Schaden ausschließlich von einem Dritten, der nicht durch Vertrag mit dem Garantieschuldner verbunden ist, oder vom Bauherrn selbst verschuldet wurde)⁵⁷.

IV. Form und Umfang der (Schadens-)Ersatzleistung

Im Gegensatz zum deutschen Werkvertragsrecht enthält das französische Baurecht, insbesondere die oben genannten Haftungsnormen grundsätzlich keine Bestimmungen darüber, in welcher Form und welchem Umfang der Gewährleistungspflichtige den von ihm zu vertretenden Mangel wiedergutzumachen hat⁵⁸. Die französische Rechtsprechung geht grundsätzlich dahin, dass der Tatsachenrichter über die Haftungsmodalität zu befinden hat. Dabei wird der Verurteilte in aller Regel zu Schadensersatzleistungen in Geld verpflichtet⁵⁹.

D. Deckungsrechtliche Ebene nach französischem Recht

Von der e.g. haftungsrechtlichen Ebene spiegelt sich - bildlich gesprochen - auf der deckungsrechtlichen Ebene, d.h. im versicherungsrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen jeweiligem Versicherungsnehmer und Bauversicherer hauptsächlich die zehnjährige Garan-

⁵⁵ Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 33.

⁵⁶ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 78-79.

⁵⁷ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 78.

⁵⁸ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 87.

tiehaftung wieder, welche gesetzlich zwingend zu versichern ist. Im Gegensatz dazu besteht keine Versicherungspflicht bezüglich der einjährigen Garantie für einwandfreie Herstellung und der zweijährigen Funktionsgarantie, wobei freiwillige Zusatzversicherungsmöglichkeiten bezüglich der letztgenannten Funktionsgarantie bestehen (s.u.). Im Einzelnen:

I. Konzeption des französischen Bauversicherungssystems

Entsprechend der Empfehlungen der Spinetta-Kommission ist das französische Bauversicherungssystem durch ein zweigliedriges Versicherungssystem gekennzeichnet: Auf der einen Seite soll eine für den Bauherrn gesetzlich zwingende „Obligatorische Schadensversicherung“ (Assurance de dommages obligatoire) eine schnelle und vorläufige Schadensregulierung sicherstellen. Auf diese Weise sollen am Bau entstandene Schäden rasch und unkompliziert behoben werden, ohne zuvor den Verantwortlichen feststellen zu müssen⁶⁰. Auf der anderen Seite soll eine - für sämtliche dem Bauherrn Verhafteten gesetzlich zwingende - „Obligatorische Haftpflichtversicherung“ (Assurance de responsabilité obligatoire) die Ziele der Qualitätshebung der Leistungen im Bauwesen sowie der Steigerung des unternehmerischen Verantwortungsbewusstseins sichern⁶¹. In diesem zweigliedrigen System hat die Obligatorische Schadensversicherung des Bauherrn im Rahmen der Kombination mit der Obligatorischen Haftpflichtversicherung die Funktion einer Zwischenfinanzierung: der dortige Schadensversicherer wendet sich nach Begleichung des Schadens an den Haftpflichtversicherer des dem Bauherrn Verhafteten, so dass ein Ausgleich auf der Ebene der Versicherungen stattfindet⁶². Weiterhin wurde ein sog. „Bonus-Malus-System“ eingeführt: Entsprechend der individuellen Schadenserfahrung wird der Haftpflichtversicherungsnehmer mittels Franchisen oder Freiheitsrabatten vom Haftpflichtversicherer be- oder entlastet⁶³. Schließlich werden der Bauherr bzw. die dem Bauherrn Verhafteten (insbesondere der

⁵⁹ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 87.

⁶⁰ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 94.

⁶¹ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 94.

⁶² Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 94.

⁶³ Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 129.

Erbauer) jeweils unter Strafandrohung zum Abschluss einer Obligatorischen Schadensversicherung bzw. Obligatorischen Pflichtversicherung gesetzlich verpflichtet⁶⁴.

II. „Obligatorische Schadensversicherung“ des Bauherrn (Assurance de dommages obligatoire)

1. Konzeption und Versichertes Risiko

Gemäß Art. L. 242-1 f. C.ass. (Assurance de dommages obligatoire, nachfolgend “Obligatorische Schadensversicherung“) sind der Bauherr und bestimmte ihm gleichgestellte Personen verpflichtet, sich selbst gegen Schäden zu versichern, die unter die zehnjährige Garantiehaftung fallen. Der Bauherr soll durch diese Schadensversicherung in die Lage versetzt werden, auftretende Schäden unverzüglich reparieren zu können, ohne vorab – wie es in der Vergangenheit der Fall war – langwierige Prozesse zwecks vollständiger und endgültiger Klärung der Haftungsfrage führen zu müssen⁶⁵. Der Versicherungsnehmer muss gegenüber dem Schadensversicherer lediglich geltend machen, dass es sich um einen Schaden handelt, der v.a. unter die Einstandspflicht eines Erbauers nach der zehnjährigen Garantiehaftung fällt. Ist dies der Fall, so ist ohne Ermittlung und Klärung der Haftungsfrage der Versicherungsfall gegeben. Der Schadensversicherer hat dann unverzüglich die Schadensregulierung gegenüber dem Bauherrn durchzuführen. Deshalb ist die Schadensversicherung eine reine Vorfinanzierungsversicherung, die dann regelmäßig mit der Obligatorischen Haftpflichtversicherung des verantwortlichen Erbauers regressierend einen Finanzausgleich durchführt⁶⁶.

2. Beginn und Dauer des Versicherungsschutzes

Der Versicherungsschutz beginnt grundsätzlich mit Ablauf der einjährigen Garantie für einwandfreie Herstellung und endet zehn Jahre nach Abnahme des Werks⁶⁷. Ein früherer

⁶⁴ Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 135-136.

⁶⁵ Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 137.

⁶⁶ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 103.

⁶⁷ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 111.

Beginn des Versicherungsschutzes tritt ausnahmsweise ein, wenn der Werkvertrag vor Abnahme wegen Nichterfüllung des Unternehmers gelöst wird, oder der Bauunternehmer nach Abnahme seiner Nachbesserungspflicht im Rahmen der zweijährigen Funktionsgarantie nicht nachkommt⁶⁸.

3. Entschädigungsleistungen des Versicherers

Im Rahmen der Obligatorischen Schadensversicherung sind alle Schäden gedeckt, die unter die Garantiehaftung fallen, damit im Wesentlichen solche Schäden, welche die Standfestigkeit der tragenden Bauteile betreffen, solche Bauteile unbrauchbar machen oder die Solidität eines Ausstattungsteils, das untrennbar mit Bauteilen der Infrastruktur, des Fundaments, des Rahmens, der Umwandung oder Bedachung verbunden ist, in Mitleidenschaft zieht, ebenso der Ersatz für die Kosten von Abbruch-, Beseitigungs- und Demontearbeiten⁶⁹. Summenmäßig deckt die Versicherungspolice die gesamten Kosten der Behebung der Baumängel, wobei die Entschädigung durch die Gesamtsumme der Baukosten begrenzt ist, die durch einen Index der inflationsbedingten Geldentwertung Rechnung trägt⁷⁰.

4. Nicht versicherte Tatbestände

Zum einen sind die Tatbestände der einjährigen Garantie für einwandfreie Herstellung sowie der zweijährigen Funktionsgarantie nicht gedeckt (s.u. zu den freiwilligen Zusatzversicherungen). Zum anderen sind nach den Versicherungsbedingungen u.a. keine Schäden gedeckt, die durch ein vorsätzliches Handeln oder Verschulden des Versicherungsnehmers, durch normalen Gebrauch, mangelnde Pflege, Missbrauch u.ä. sowie durch ein äußeres Ereignis entstehen, wobei den Schadensversicherer die Beweislast für das Vorliegen eines Ausschlusstatbestandes trifft⁷¹.

5. Obliegenheiten des Versicherungsnehmers

⁶⁸ Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 140.

⁶⁹ Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 138-139.

⁷⁰ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 110.

⁷¹ Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 139.

Zu den Obliegenheiten des Versicherungsnehmers gehört v.a. dessen Pflicht, dem Schadensversicherer sämtliche für den Schadensfall relevanten Informationen und Unterlagen (z.B. Baupläne, Haftpflichtversicherungsschutz des Erbauers, Stellungnahmen und Vorbehalte des technischen Kontrolleurs, Abnahme der Arbeiten, Stand von Reparaturarbeiten) zur Verfügung zu stellen. Dabei hat er Schäden innerhalb von 5 Tagen dem Versicherer zu melden⁷². Weiterhin trifft den Versicherungsnehmer die Verpflichtung, dem Versicherer alle tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten einzuräumen, um von dessen Regressrecht gegenüber dem Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherer Gebrauch machen zu können⁷³.

6. Finanzierung

Berechnungsgrundlage der Versicherungsprämien sind die Gesamtkosten des Bauwerkes, die gemäß den Bestimmungen des Versicherungsvertrages und auf der Grundlage eines Baukostenindex modifiziert werden könnten. Die Baukosten sind in den Versicherungsbedingungen definiert, wobei Boni seitens des Bauherrn oder Konventionalstrafen gegenüber dem Erbauer von der Berechnung ausgeschlossen sind⁷⁴. Der Bauherr zahlt regelmäßig eine provisorische Einmalprämie, die nach Festlegung der endgültigen Baukosten entsprechend modifiziert wird⁷⁵.

III. „Obligatorische Haftpflichtversicherung“ der dem Bauherrn Verhafteten (Assurance de responsabilité obligatoire)

1. Konzeption und Versichertes Risiko

Gemäß Art. L. 241-1 und L. 241-2 C.ass. (Assurance de responsabilité obligatoire, nachfolgend „Obligatorische Haftpflichtversicherung“) „muss jede natürliche oder juristische Person, deren Haftung aus der Vermutung der Art. 1792 und folgende des Code civil über

⁷² Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 111.

⁷³ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 111.

⁷⁴ Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 142.

⁷⁵ Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 142.

Bauarbeiten an Gebäuden hergeleitet werden kann, durch eine Haftpflichtversicherung gedeckt sein. (...)“. Demnach verfolgt diese Obligatorische Haftpflichtversicherung den Zweck, dass die Verantwortlichkeit der dem Bauherrn Verhafteten, insbesondere des Erbauers, effektiv durchgesetzt werden kann⁷⁶. Die Versicherungspflicht bezieht sich deshalb auf alle von der zehnjährigen Garantiehaftung umfassten Schäden, die dem Versicherungsnehmer in Ausübung seiner Bautätigkeit entstehen⁷⁷. Dagegen bezieht sich die gesetzliche Versicherungspflicht nicht auf Schäden, die unter die einjährige Garantie für einwandfreie Herstellung und die zweijährige Funktionsgarantie fallen⁷⁸.

2. Beginn und Dauer des Versicherungsschutzes

Gemäß Art. L. 241-1 Abs. 3 C.ass. muss der Versicherungsschutz für die exakte Dauer der zehnjährigen Gewährleistungspflicht aus der Garantiehaftung aufrechterhalten werden. Bei Aufgabe der Geschäftstätigkeit und Nichtübertragung des Geschäftskapitals bleibt der Versicherungsschutz ohne Zahlung einer Zusatzprämie grundsätzlich bestehen⁷⁹.

3. Entschädigungsleistungen des Versicherers

Die Entschädigung des Versicherers wird regelmäßig in Form eines Finanzausgleichs mit der vorfinanzierenden Obligatorischen Schadensversicherung durchgeführt (s.o.). Gleichzeitig ist u.a. zwecks Hebung der Bauqualität zwingend ein Selbstbehalt des Versicherungsnehmers vorgeschrieben. Dieser darf nicht durch Abschluss einer anderen Versicherung umgangen werden und ist dem Bauherrn gegenüber auch nicht einwendbar⁸⁰.

4. Nicht versicherte Tatbestände

⁷⁶ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 113.

⁷⁷ Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 146-147.

⁷⁸ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 114.

⁷⁹ Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 149.

⁸⁰ Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 148.

Wie bereits erwähnt, sind die Haftungstatbestände der einjährigen Garantie für einwandfreie Herstellung sowie der zweijährigen Funktionsgarantie von der Deckung ausgeschlossen. In der französischen Rechtsprechung wurde dieser Ausschluss bestätigt und außerdem hervorgehoben, dass weder Körperschäden noch Schäden Dritter bzw. an ihrem Eigentum durch die Obligatorische Haftpflichtversicherung gedeckt sind⁸¹. Weiterhin nicht versichert sind Schäden, die vor der Abnahme entstehen, sowie Sach- und immaterielle Schäden als direkte Folgen von Schäden, die unter die zehnjährige Gewährleistungspflicht fallen⁸². Ebenso wenig sind Schäden gedeckt, die absichtlich oder durch arglistige Täuschung des Versicherungsnehmers verursacht wurden, sowie Schäden, die durch normalen Gebrauch, Missbrauch, mangelnde Pflege u.ä. entstehen oder auf ein äußeres Ereignis zurückzuführen sind⁸³. Gesetzlich geregelt ist auch der Ausschlusstatbestand, dass Schäden, die durch willentliche oder unentschuldbare Nichteinhaltung der Regeln der Baukunst entstehen, nicht gedeckt sind⁸⁴ (wobei die Regeln der Baukunst hauptsächlich im geltenden französischen Recht, in der technischen Normung der zuständigen Organe und in der Baubeschreibung festgelegt sind⁸⁵). Allerdings darf der Versicherungsnehmer diesen Ausschluss nicht gegenüber dem Entschädigungsberechtigten einwenden⁸⁶.

5. Obliegenheiten des Versicherungsnehmers

Die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers sind vergleichbar mit den oben beschriebenen Obliegenheiten des Versicherungsnehmers der Obligatorischen Schadensversicherung.

6. Finanzierung

⁸¹ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 147-148.

⁸² Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 148.

⁸³ Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 147.

⁸⁴ Kindt, Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, S. 147.

⁸⁵ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 120.

⁸⁶ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 120.

Wie bei der Obligatorischen Schadensversicherung werden die Prämiensätze von den Vertragsparteien ausgehandelt, wobei Schadensfreiheitsrabatte nicht vorgesehen sind, dagegen aber ein ausgeprägtes Bonus-Malus-System, das sich erstmals auf die vorausgehenden Jahre bezieht⁸⁷.

7. „Direktklage“ des Bauherrn im Insolvenzfall des Versicherungsnehmers (Action directe)

Gemäß Art. L. 243-7 Abs. 2 C.ass. (Action directe, nachfolgend: „Direktklage“) „können die Opfer von Schäden im Sinne des Gesetzes Nr. 78-12 vom 4. Januar 1978 unmittelbar gegen den Versicherer des für die genannten Schäden Haftenden klagen, wenn über diesen der Konkurs eröffnet wurde“. Im Sinne eines effektiven Insolvenz- und v.a. Verbraucherschutzes des Bauherrn räumt diese Vorschrift dem Geschädigten die Möglichkeit ein, auch im Falle der Insolvenz des verantwortlichen Erbauers etc. eine Direktklage gegen dessen Versicherer zu erheben. Diese Vorschrift spielt wegen ihres insolvenzrechtlichen Aspekts der Haftung für Bauschäden und der damit im Falle der Insolvenz oft sehr schwierigen Schadensregulierung eine erhebliche Rolle⁸⁸. Denn mit der Einführung der Obligatorischen Haftpflichtversicherung und der Einräumung dieser Direktklage wurde im Sinne des Verbraucher- und Insolvenzschutzes Abhilfe gegen den unbefriedigenden Zustand vor der Reform im Jahre 1978 insoweit geschaffen, als dass bis dato wegen häufig fehlender Zahlungsfähigkeit der Bauunternehmer und der mit ihnen solidarisch haftenden Personen Ersatzansprüche gegen diese nicht durchsetzbar waren, nunmehr aber gegen deren Versicherer⁸⁹.

IV. Freiwillige Zusatzversicherungen

Sowohl die Schadens- als auch die Haftpflichtversicherer bieten ihren Versicherungsnehmern freiwillige Zusatzversicherungsmöglichkeiten an: Im Rahmen der Obligatorischen Schadensversicherung des Bauherrn bieten die Versicherer auch die zusätzliche Deckung

⁸⁷ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 121.

⁸⁸ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 123.

⁸⁹ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 124.

sowohl von Schäden an Ausstattungsteilen im Rahmen der zweijährigen Funktionsgarantie (hingegen nicht für die einjährige Garantie für einwandfreie Herstellung) als auch von immateriellen Schäden an⁹⁰. Die Bauhaftpflichtversicherer bieten ihren Versicherungsnehmern im Rahmen der Obligatorischen Haftpflichtversicherung ebenfalls zusätzliche Versicherungsmöglichkeiten an, beispielsweise Deckung für die zweijährige Funktionsgarantie an abtrennbaren Ausstattungsteilen, „für Vermögensschäden als Folge eines Mangels gemäß Art. 1792, 1792-2, 1792-3 C.c.“ sowie „bei Beschädigung vorhandener Bausubstanz bei An-/oder Umbaumaßnahmen“⁹¹. Hingegen ist auch bei der Obligatorischen Haftpflichtversicherung die einjährige Garantie für einwandfreie Herstellung nicht im Rahmen einer freiwilligen Zusatzversicherung versicherbar⁹².

2. Abschnitt: Entwicklung der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung in Deutschland

A. Historische Entwicklung unter Einfluss des französischen Bauversicherungssystems

Im Gegensatz zu Frankreich war in Deutschland bis ungefähr Mitte der 90-er Jahre die Versicherungsmöglichkeit von Baumängeln „gänzlich unbekannt“⁹³. Mit den Großbauvorhaben v.a. in Berlin kamen auch französische Baufirmen auf den deutschen Baumarkt und brachten sozusagen ihren eigenen (französischen) Versicherer mit und in dessen Folge das französische Bauversicherungssystem, insbesondere das oben beschriebene Obligatorische Haftpflichtversicherungssystem der dem Bauherrn Verhafteten⁹⁴. Diese Grundidee des französischen Versicherungssystems bezüglich einer Versicherungsmöglichkeit des Auftragnehmers nahm als Bauspezialversicherer die VHV Vereinigte Hannoversche Versiche-

⁹⁰ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 109.

⁹¹ Ministerium der Finanzen des Landes Rheinland-Pfalz/VHV Vereinigte Haftpflichtversicherung V.a.G., Deutsch-französisches Bauen 1999, S. 45.

⁹² Ministerium der Finanzen des Landes Rheinland-Pfalz/VHV Vereinigte Haftpflichtversicherung V.a.G., Deutsch-französisches Bauen 1999, S. 53-54.

⁹³ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 161.

⁹⁴ Thesenvitz, in: Korbion, Baurecht, S. 237.

rung a.G. auf⁹⁵, wonach jeweiliger Versicherungsnehmer der deutschen Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung ausschließlich der (in Deutschland freiwillig versicherte) Auftragnehmer und damit nicht (wie hingegen in Frankreich im Rahmen der französischen Obligatorischen Schadensversicherung) der Auftraggeber ist. Ebenso wie in Frankreich unterliegt auch der Auftragnehmer einer ständigen gutachterlichen Baubegleitung sowohl vor als auch nach der Abnahme. Auch wurde aus dem französischen Bauversicherungssystem der Direktanspruch des Auftraggebers gegen den Versicherer im Insolvenzfall des Auftragnehmers übernommen. Gleichzeitig sollten aber bei der deutschen Konzeption manche sich in der französischen Baupraxis herausgebildeten Missstände (insbesondere dass die Entschädigungsleistungen des Versicherers ohne jeglichen Nachweis tatsächlich durchgeführter Nachbesserungsarbeiten, damit ohne Zweckbindung einfach an den Auftraggeber ausgezahlt werden und dort oft zweckentfremdet verwendet werden können) vermieden werden. Basierend auf den Erfahrungswerten des französischen Bauversicherungssystems entwickelte der o.g. Spezialversicherer ein auf die haftungsrechtlichen Vorschriften des BGB und der VOB/B abgestimmtes deckungsrechtliches Versicherungssystem, das probeweise erstmalig 1997 bei einem größeren Projekt im Hochbau durchgeführt wurde⁹⁶. Seit 1999 bietet dieser Spezialversicherer bauausführenden Unternehmen hauptsächlich die Baugewährleistungsversicherung (und sozusagen als Annex die nicht einzeln abschließbare Baufertigstellungsversicherung) an, seit 2001 steht dieser Versicherungsschutz auch Bauträgern und Generalunternehmern zur Verfügung⁹⁷. 2005 wurden die Versicherungsbedingungen für die Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung⁹⁸ (nachfolgend: VB BFV (2005) und VB BGV (2005)) durch den Versicherer u.a. in Zusammenarbeit mit dem Bauherren-Schutzbund e.V., welcher dem Versicherer vom Bundesbauministerium zur Seite gestellt wurde, sehr umfangreich überarbeitet⁹⁹ und nunmehr Ende 2007 bzw. Anfang 2008 im Wesentlichen an die Vorgaben der VVG-Reform zum 01.01.2008 angepasst (nachfolgend: VB BFV (2008) und VB BGV (2008)).

⁹⁵ Steyer, IBR. Informationen Bau-Rationalisierung Jg. 34 Nr. 6 (2005), 16.

⁹⁶ Steyer, IBR. Informationen Bau-Rationalisierung Jg. 34 Nr. 6 (2005), 16.

⁹⁷ VHV Vereinigte Hannoversche Versicherung a.G., Erstmals in Deutschland: Die VHV Baugewährleistungs-Versicherung für Bauträger – Kooperation mit TÜV Süddeutschland (Pressemitteilung vom 30.04.2001), http://www.vhv.de/web/1/c/p/20010430_1.jsp (Stand: 12.05.2008).

⁹⁸ Sämtliche zitierten Versicherungsbedingungen für die Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung 2005 bzw. 2008 der VHG Vereinigte Hannoversche Versicherung a.G. sind im Anhang abgedruckt.

B. Gegenwärtige Entwicklung der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung

Während Teile des Schrifttums die gegenwärtige Entwicklung der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung eher noch zurückhaltend bewerten (so werde nach Einschätzung von Fischer „erst die Zukunft zeigen, ob der Abschluss dieser Versicherung für den Bauunternehmer bzw. Handwerker praktikabel und insbesondere wirtschaftlich ist“⁹⁹), will hingegen die neuere Literatur „einige Anzeichen dafür sehen, dass die Bedeutung dieser beiden Versicherungsformen (...) v.a. im Bereich der privaten Auftraggeber über die bereits jetzt gezeichnete Zahl von mehreren tausend von Verträgen hinaus deutlich steigen wird“¹⁰¹. Diese Tendenz lässt sich wie folgt untermauern:

I. Gegenwärtige Entwicklung in der Versicherungswirtschaft

Die gegenwärtige Entwicklung v.a. beim Bauspezialversicherer VHV Vereinigte Hannoversche Versicherung a.G. ist tendenziell, dass - neben dem bisherigen Versicherungsangebot für den Hochbau - auch Projekte im Tiefbau sowie im Rahmen sog. „PPP-Projekte (Public Private Partnership)“ versicherbar sein sollen¹⁰², was eine nicht unerhebliche Erweiterung des Versicherungsschutzes für die Baubranche und insbesondere für die öffentlichen Auftraggeber bedeutet.

II. Gegenwärtige Entwicklung in Rheinland-Pfalz

In Rheinland-Pfalz wurde bereits 2006 durch das Ministerium der Finanzen zwecks Durchführung von Bauaufgaben des Landes Rheinland-Pfalz die „Mängelansprüche-Versicherung durch vertragliche Vereinbarung“ (sprich Baugewährleistungsversicherung) für die Erfüllung von Mängelansprüchen ausdrücklich als gleichwertiges Sicherungsmittel zugelassen, weswegen auch Änderungen zu den Richtlinien und Verdingungsmustern der §§ 14 VOB/A und 17 VOB/B nebst durch das Ministerium gefasste Bedingungen für die Mängelansprüche-Versicherung erlassen wurden¹⁰³. Demnach wurde behördenseits dieses

⁹⁹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 235.

¹⁰⁰ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1955.

¹⁰¹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 235.

¹⁰² Henes/Steyer, IBR. Informationen Bau-Rationalisierung Jg. 36 Nr. 1 (2007), 32-37.

¹⁰³ Ministerium der Finanzen Rheinland-Pfalz, Mängelansprüche-Versicherung: Großer Liquiditätsvorteil für Mittelstand und Handwerk (Pressemitteilung vom 20.03.2006),

neue Versicherungsmodell als gleichwertiges Sicherungsmittel den staatlichen Baubehörden zur Verfügung gestellt¹⁰⁴. Weiterhin beabsichtigt das Land Rheinland-Pfalz, dieses Versicherungsmodell auch auf seine Kommunen als wichtige Bauauftraggeber auszudehnen¹⁰⁵.

III. Gegenwärtige Entwicklung in Deutschland

1. Allgemeine Entwicklung

Allgemein betrachtet wird in Zukunft sicherlich der immer mehr an Bedeutung gewinnende Verbraucherschutz „der Motor der weiteren Entwicklung sein“¹⁰⁶, wofür einige Beispiele sprechen: Gerade aus Verbraucherschutzgesichtspunkten rät der Bauherren-Schutzbund e.V. privaten Auftraggebern eindringlich dazu, prinzipiell von ihren Auftragnehmern eine Fertigstellungsgarantie (auch) in Form einer Baufertigstellungsversicherung sowie eine Gewährleistungssicherheit (auch) in Form einer Baugewährleistungsversicherung zu verlangen¹⁰⁷, was im übrigen auch die Zeitschrift Finanztest Verbrauchern als privaten Auftraggebern empfiehlt¹⁰⁸. Weiterhin finden u.a. bei Bausparkassen und Banken gegenwärtig intensive Überlegungen statt, bei der Finanzierung und Sicherung von (privaten) Bauprojekten auf eine Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung zu drängen¹⁰⁹.

2. Gegenwärtige Forderungen an die deutsche Gesetzgebung

Nicht zuletzt aus diesen Verbraucherschutzgedanken heraus resultieren die gegenwärtigen Forderungen an den deutschen Gesetzgeber sowohl seitens der Versicherungs- und (teilweise auch) Bauwirtschaft als auch der Verbraucherschutzverbände: Zunächst wird einhel-

<http://www.fm.rlp.de/Aktuelles/Pressemitteilungen/presse2000.asp?Anzeige=Yes&Index1=311> (Stand: 12.05.2008).

¹⁰⁴ Ministerium der Finanzen Rheinland-Pfalz, Mängelansprüche-Versicherung: Großer Liquiditätsvorteil für Mittelstand und Handwerk (Pressemitteilung vom 20.03.2006), <http://www.fm.rlp.de/Aktuelles/Pressemitteilungen/presse2000.asp?Anzeige=Yes&Index1=311> (Stand: 12.05.2008).

¹⁰⁵ Ministerium der Finanzen Rheinland-Pfalz, Mängelansprüche-Versicherung: Großer Liquiditätsvorteil für Mittelstand und Handwerk (Pressemitteilung vom 20.03.2006), <http://www.fm.rlp.de/Aktuelles/Pressemitteilungen/presse2000.asp?Anzeige=Yes&Index1=311> (Stand: 12.05.2008).

¹⁰⁶ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 236.

¹⁰⁷ Bauherren-Schutzbund e.V., Prüfsteine zum Bauvertrag, http://www.bsb-ev.de/fileadmin/template/main/pdf/Flyer_BV.pdf (Stand: 12.05.2008).

¹⁰⁸ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 235 Fn. 3 unter Verweis auf: Finanztest Heft 3/2005.

¹⁰⁹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 236.

lig gefordert, endlich auch die Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung als gleichwertige Sicherungsmittel sowohl im Gesetz als auch in § 14 VOB/A und § 17 VOB/B ausdrücklich aufzunehmen¹¹⁰, insbesondere im Zuge des Forderungssicherungsgesetzes¹¹¹ und im Zusammenhang mit der dortigen Frage einer zulässigen Bestellersicherheit im Form (auch) der Baufertigstellungsversicherung¹¹². Eine weitergehende Forderung erhob der Deutsche Baugerichtstag im Jahr 2006, prinzipiell eine gesetzliche Insolvenzversicherung zugunsten des Verbrauchers beim „Bauen aus einer Hand“ zu schaffen, zu der auch die neuartigen Sicherungsinstrumente der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung gehören¹¹³. Noch weiter geht der Bauherren-Schutzbund e.V. in seiner Forderung nach einer gesetzlich manifestierten Pflicht des Auftragnehmers zur Sicherung des Auftraggebers, und zwar – wahlweise neben anderen Sicherungsmitteln – (auch) durch eine gesetzlich zwingend abzuschließende Baufertigstellungsversicherung und Baugewährleistungsversicherung¹¹⁴. Ob der deutsche Gesetzgeber entsprechend reagieren wird, gesetzlich zwingende Bestellersicherheiten (eventuell in Anlehnung an das französische Versicherungssystem auch in Form von Pflichtversicherungen, die sich nicht nur auf die Pflichtversicherung des Auftragnehmers, sondern auch – worüber später in dieser Arbeit noch nachgedacht werden wird – auf eine jedenfalls freiwillige Versicherungsmöglichkeit des Auftraggebers beziehen könnten) einzuführen, bleibt abzuwarten. Jedenfalls dürfte aus obigen Überlegungen heraus mindestens klar werden, dass in Anbetracht des wachsenden Sicherungsbedürfnisses des Auftraggebers und im Hinblick auf mögliche Liquiditätsvorteile des Auftragnehmers durch eine vom Gesetzgeber wahlweise zugelassene (Pflicht-)Sicherung in Form einer Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung gegenwärtig ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.

¹¹⁰ Steyer, IBR. Informationen Bau-Rationalisierung Jg. 34 Nr. 6 (2005), 16 (18).

¹¹¹ Gesetzentwurf Bundesrat vom 02.02.2006, Drucksache 16/511.

¹¹² Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 236.

¹¹³ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 236.

¹¹⁴ Bauherren-Schutzbund e.V., Stellungnahme des Bauherren-Schutzbund e.V. zu den Thesen des Arbeitskreises V (Aktuelles) des 1. Deutschen Baugerichtstages, http://www.bsb-ev.de/fileadmin/template/main/pdf/Presse/Stellungnahme_BSB_Arbeitskreis_V_Baugerichtstag.pdf (Stand: 12.05.2008).

4. Kapitel: Die Baufertigstellungsversicherung

1. Abschnitt: Allgemein

Aufgrund der o.g. systematischen Vergleichbarkeit der Baufertigstellungsversicherung mit einer Haftpflichtversicherung¹¹⁵ und unter Berücksichtigung des – dieser Versicherungsart zugrundeliegenden – sog. „Trennungsprinzip“¹¹⁶, d.h. Trennung des Haftungs- und Deckungsbereichs ist nachfolgend zwischen der haftungs- und insolvenzrechtlichen Ebene, welche die Frage der Mängelhaftung des versicherten Auftragnehmers gegenüber seinem Auftraggeber u.a. im Insolvenzfall beinhaltet, und der deckungsrechtlichen Ebene, welche die Rechtsverhältnisse zwischen dem Auftragnehmer als Versicherungsnehmer (bzw. auch dem Auftraggeber als Drittbegünstigten im Insolvenzfall) und dem Versicherer regelt, zu unterscheiden: Zunächst ist auf der haftungsrechtlichen Ebene die Rechtslage eines BGB- bzw. VOB-Bauvertrags bis zum Zeitpunkt der Abnahme zu betrachten, wobei die Abnahme als solche insofern von entscheidender Bedeutung ist, da grundsätzlich nur bis dahin der Versicherungsschutz der Baufertigstellungsversicherung besteht, danach – vereinfacht gesprochen – die mitabzuschließende Baugewährleistungsversicherung greift. Weiterer Aspekt in den Rechtsbeziehungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bzw. dann dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter ist die insolvenzrechtliche Ebene. Diese ist in mehreren Stadien zu betrachten, nämlich zunächst im Zeitpunkt des Insolvenzeröffnungsverfahrens und dann ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Insbesondere spielt die jeweils unterschiedliche Rechtslage des Bauvertrages nach BGB auf der einer und nach VOB auf der anderen Seite eine entscheidende Rolle im Hinblick auf die dann vorzunehmende Prüfung der deckungsrechtlichen Ebene. Auf der Deckungsebene wird darzustellen sein, ob überhaupt und in welchem Umfang Versicherungsschutz für verschiedene Rechtskonstellationen im Insolvenz(eröffnungs)verfahren besteht. Daneben sind auch die deckungsrechtlichen Besonderheiten der Baufertigstellungsversicherung aus versicherungsrechtlicher Sicht,

¹¹⁵ Meier, Bauversicherungsrecht, S. 201; v. Rintelen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, S. 1812.

¹¹⁶ Meier, Bauversicherungsrecht, S. 33

insbesondere unter Berücksichtigung der Auswirkungen der VVG-Reform zum 01.01.2008 zu betrachten.

2. Abschnitt: Haftungsrechtliche Ebene

A. Haftungsrechtliche Ebene nach BGB und VOB/B bis zur Abnahme

Die haftungsrechtliche Ebene zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer wird im Wesentlichen durch den zwischen ihnen vereinbarten Bauvertrag geprägt. Dieser kann (v.a. beim Verbraucher als Auftraggeber) auf der Grundlage des BGB geschlossen sein, oder aber auf der Grundlage der VOB/B. Im Hinblick auf die Baufertigstellungsversicherung und damit bis zum dort relevanten Zeitpunkt der Abnahme sind v.a. die rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den Parteien von Interesse. Die Vertragspflichten werden nachfolgend allgemein für beide Typen des Bauvertrages dargestellt, ebenso – sofern nicht abweichend – auch die wirtschaftlichen und rechtlichen Folgen bei Vertragsverletzungen, wobei die Rechtsfolgen der Vertragsverletzungen des Auftragnehmers vor Abnahme differenziert nach BGB und VOB/B zu betrachten sind:

B. Vertragspflichten des Auftragnehmers

I. Herstellungsverpflichtung

1. Allgemein

Durch den Werkvertrag wird der Auftragnehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet. Der Umfang der übernommenen Pflichten richtet sich nach dem Werk bzw. Bauvertrag. Er ist durch Auslegung zu ermitteln. Die Auslegung erfolgt nach allgemeinen Grundsätzen, wonach sich einerseits ergibt, welchen Werkerfolg Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbaren, andererseits welches Leistungssoll sie vereinbaren, um diesen Werkerfolg zu erreichen: Der Werkerfolg ist Maßstab für die Erfolgshaftung des Auftragnehmers. Er besteht grundsätzlich darin, das nach dem Vertrag geschuldete Werk funktionsstauglich und zweckentsprechend zu errichten. Diesen Erfolg hat der Auftragnehmer herbeizuführen, um seine Herstellungspflicht zu erfüllen. Solange der Erfolg nicht herbeigeführt ist, ist der Vertrag nicht erfüllt, dem Auftraggeber stehen der Erfüllungsanspruch und die Rechte und Ansprüche aus § 634 BGB bzw. VOB/B zu (s.u.). Das Leistungssoll ist

hingegen das Äquivalenzinteresse für die vereinbarte Vergütung. Es beschreibt die Leistungen, welche die Parteien vereinbaren, um den vertraglich geschuldeten Vertrag herbeizuführen¹¹⁷.

2. Änderung bzw. Erweiterung des Leistungsumfangs

Der vertraglich geschuldete Erfolg kann über das Leistungssoll hinausgehen. Die vereinbarten Leistungen können nicht ausreichen, den Erfolg herbeizuführen. In diesem Fall, d.h. v.a. beim BGB-Bauvertrag sind Zusatzaufträge oder Vereinbarungen über Leistungsänderungen notwendig¹¹⁸. Bei einem VOB-Bauvertrag kann der Auftraggeber auch gem. § 1 Nr. 4 VOB/B verlangen, dass der Auftragnehmer nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, mitauszuführen hat, außer wenn der Betrieb des Auftragnehmers auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist. Hierbei handelt es sich um ein einseitiges Anordnungsrecht des Auftraggebers mit einem aus § 1 Nr. 4 VOB/B resultierenden Kontrahierungszwang für den Auftragnehmer, der seinerseits als Konsequenz einen Vergütungsanspruch nach § 2 Nr. 6 VOB/B hat¹¹⁹.

II. Sonstige Vertragspflichten des Auftragnehmers

Der Auftragnehmer hat auch die sonstigen Vereinbarungen des Vertrags einzuhalten, welche sich in den Einzelheiten aus dem jeweilig maßgeblichen Vertrag ergeben. Häufig gehören zu den vertraglichen Vereinbarungen Bauzeitvereinbarungen¹²⁰. Die Einhaltung der vertraglich vereinbarten Bauzeit ist geschuldet. Ihre Überschreitung löst unter den gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Voraussetzungen den Verzug des Auftragnehmers aus und kann Ansprüche des Auftraggebers auf Ersatz des Verzugsschadens begründen (s.u.).

III. Leistungsstörungen

Durch die Schuldrechtsmodernisierung wurden im BGB die bisherigen Tatbestände der Leistungsstörungen prinzipiell aufgelöst und im Wesentlichen durch das Rechtsinstitut des

¹¹⁷ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 631 Rdnr. 127 ff.

¹¹⁸ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 631 Rdnr. 130 mit Verweis auf weitere Fundstellen.

¹¹⁹ Leineweber, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 451.

¹²⁰ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 631 Rdnr. 133.

Tatbestandes der Pflichtverletzung, insbesondere gem. § 280 Abs. 1 BGB ersetzt¹²¹. Der Begriff der „Pflichtverletzung“ umfasst alle Formen der Leistungsstörung, insbesondere die Unmöglichkeit, die Schlechterfüllung bzw. mangelhafte Leistung des Auftragnehmers sowie die bisherigen Rechtsinstitute der Positiven Vertragsverletzung bzw. des Verschuldens bei Vertragsschluss. Mit dem Tatbestand der Pflichtverletzung wird ein Grundtatbestand geschaffen, der die Grundsätze der Positiven Vertragsverletzung verallgemeinert und zugleich die – nach altem BGB-Recht oft schwierige – Abgrenzung zu den gesetzlich besonders geregelten Fällen der Unmöglichkeit, des Verzugs und zur Sonderregelung der Gewährleistung weitgehend überflüssig macht¹²². Es ist unerheblich, ob – wie bisher nach altem Recht – der Schuldner eine Haupt- oder eine Nebenpflicht bzw. eine Leistungs- oder eine Schutzpflicht verletzt hat. § 280 Abs. 1 BGB stellt allein auf die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden ab. Die Rechtsfolgen bei einer Pflichtverletzung sind primär im Allgemeinen Schuldrecht geregelt, nämlich Schadensersatz oder Rücktritt vom Vertrag. Die Regelungen zum Schadensersatz finden sich in §§ 280 ff. BGB, die zum Rücktritt vom gegenseitigen Vertrag in §§ 323 ff. BGB.

C. Rechtsfolgen der Vertragspflichtverletzungen des Auftragnehmers vor der Abnahme

Im Rahmen der vorliegenden zu betrachtenden Phase bis zur Abnahme sind die Rechtsfolgen der Vertragspflichtverletzungen des Auftragnehmers, insbesondere bei mangelhaften bzw. verzögerten Leistungen des Auftragnehmers, sowie die Behandlung einer vertraglich vereinbarten Vertragsstrafe und von Sowiesokosten von Bedeutung. Dabei sind auf der haftungsrechtlichen Ebene die Ansprüche des Auftraggebers bei Leistungsstörungen bis zur Abnahme des Werks differenziert nach BGB und VOB/B zu betrachten:

I. Ansprüche des Auftraggebers nach BGB

1. Mangelhafte Leistung

Die Mängelansprüche des Auftraggebers bei mangelhafter Leistung des Auftragnehmers, namentlich wegen Mängel des Werkes, fasst § 634 BGB zusammen, wobei sich an der Sys-

¹²¹ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 631 Rdnr. 143 f.

¹²² Kniffka, Bauvertragsrecht, § 631 Rdnr. 143 f.

tematik durch die Schuldrechtsreform im Wesentlichen nichts geändert hat¹²³: Im Zentrum der Vorschrift steht der Nacherfüllungsanspruch des Auftraggebers nach § 634 Nr. 1 BGB (i.V.m. § 635 BGB). Dieser ist seiner Natur nach ein Anspruch auf Erfüllung des Vertrags. Mit der Verwendung des Wortes Nacherfüllung will der Gesetzgeber verdeutlichen, dass es sich um einen Anspruch auf Vertragserfüllung handelt, der neben einer Nachbesserung als solchen auch zur Neuherstellung (des Bauvorhabens etc.) verpflichtet kann¹²⁴. Darüber hinaus kann der Auftraggeber bei Vorliegen der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen grundsätzlich Selbstvornahme (§ 634 Nr. 2 BGB i.V.m. § 637 BGB), Rücktritt (§ 634 Nr. 3 Alt. 1 BGB i.V.m. §§ 636, 323, 326 Abs. 5 BGB), Minderung (§ 634 Nr. 3 Alt. 2 BGB i.V.m. § 638 BGB), Schadensersatz (§ 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i.V.m. §§ 636, 280, 281, 283, 311 a BGB) sowie Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§ 634 Nr. 4 Alt. 2 BGB i.V.m. § 284 BGB) verlangen.

a) Anwendbarkeit der §§ 634 ff. BGB auch schon vor der Abnahme?

Das Gesetz selbst differenziert nicht zwischen Ansprüchen und Rechten vor oder nach der Abnahme, vielmehr gewährt es dem Auftraggeber die in § 634 BGB genannten Ansprüche für den Fall, dass das Werk mangelhaft ist¹²⁵. Die Rechtsprechung hatte die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche nach altem Werkvertragsrecht unabhängig davon gewährt, ob die Abnahme erfolgt ist oder nicht¹²⁶. Der Auftraggeber konnte deshalb unter den Voraussetzungen des Verzuges auch vor der Abnahme die Ersatzvornahme durchführen und Kostenerstattung verlangen bzw. einen Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten geltend machen. Der Auftraggeber hatte auch den Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB a.F., insoweit bestand ein Konkurrenzverhältnis zu den Verzugsregelungen des § 326 BGB a.F.¹²⁷. Ob es bei dieser Anspruchskonkurrenz bleibt, sei nach Ansicht von Kniffka derzeit „nicht deutlich“¹²⁸.

i) Allgemeines Leistungsstörungenrecht

¹²³ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rdnr. 2.

¹²⁴ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rdnr. 2.

¹²⁵ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rdnr. 9.

¹²⁶ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rdnr. 9.

¹²⁷ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rdnr. 9.

Allerdings „dürfte jedoch klar sein“¹²⁹, dass vor der Abnahme die Regelungen des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts der §§ 280, 323 ff. BGB anwendbar sind¹³⁰. Demnach kann der Auftraggeber nach Ablauf der Fertigstellungsfrist eine Frist zur Mängelbeseitigung setzen und nach fruchtlosem Fristablauf grundsätzlich entweder Schadensersatz nach § 281 BGB verlangen oder nach § 323 BGB zurücktreten.

ii) Rechte auf Selbstvornahme und Minderung?

In diesem Zusammenhang stellt sich die von der Rechtsprechung noch nicht endgültig geklärte Frage, ob der Auftraggeber bereits vor der Abnahme auch die Sonderregelungen über die Selbstvornahme und Minderung in Anspruch nehmen kann. Dies wird von einem Teil der Literatur verneint¹³¹. Insbesondere spräche die Systematik des neuen Mängelhaftungsrechts dagegen. Denn diese gehe davon aus, dass der Auftragnehmer das Werk frei von Mängeln „verschaffen“ müsse. Diese Anlehnung an das Kaufrecht wirke sich bei der Gewährleistung an sich so aus, dass das Gewährleistungsrecht erst mit der Verschaffung eingreife. Die Verschaffung sei mit der Ablieferung der Sache erfolgt. Der Ablieferung entspreche im Werkvertragsrecht die abnahmereife Fertigstellung. Das spräche im Ergebnis dafür, dass das Gewährleistungssystem erst mit der Abnahme oder jedenfalls mit einer abnahmereifen Fertigstellung beginne. Die Gegenansicht in der Literatur¹³² führt dagegen überzeugend aus, dass sich in der Begründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und auch in den gesamten gesetzesbegleitenden Materialien keine Anhaltspunkte dafür fänden, dass die bisherige Rechtsprechung zur Anspruchskonkurrenz der Gewährleistungsrechte vor der Abnahme mit dem neuen Recht der Leistungsstörungen aufgegeben werden sollte. Auch wäre es nicht einsichtig, dass der Auftraggeber, der die Abnahme wegen Mängeln verweigert, kein Selbstvornahmerecht und kein Recht zur Minderung haben soll. Es ist allein sachgerecht, den Auftraggeber, der wegen der Mängel die Abnahme verweigert, nicht schlechter zu stellen als den Auftraggeber, der die Abnahme erklärt und dann die in § 634 BGB genannten Mängelrechte hat. In diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewie-

¹²⁸ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rdnr. 10.

¹²⁹ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rdnr. 10.

¹³⁰ So auch: Palandt/Sprau, Vorb. v. § 633 Rdnr. 7.

¹³¹ Drossart, Baurecht und Baupraxis 2004, 356.

¹³² Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rdnr. 12; Vorwerk, BauR 2003, 1 (8 f.).

sen, dass Nacherfüllung und Erfüllung begrifflich nicht zu trennen seien, was im Ergebnis bedeutet, dass § 635 BGB sogar auch vor der Abnahme anwendbar sei¹³³. Insbesondere aus der Überlegung heraus, dass nur so ein strukturelles Ungleichgewicht überwunden werden kann, welches dadurch entstünde, dass der Auftraggeber erst abnehmen müsse, überzeugt deshalb die e.g. Ansicht, dass im Ergebnis der Auftraggeber die verschiedenen Mängelrechte, insbesondere auch Minderung und Selbstvornahme, bereits vor der Abnahme ausüben kann¹³⁴.

b) Mängelrechte auch schon vor Ablauf des Fertigstellungstermins?

Folgt man – wie hier – der letztgenannten Meinung, dass nämlich die Mängelrechte aus § 634 BGB dem Auftraggeber auch schon vor der Abnahme zustehen, stellt sich das Folgeproblem, ob diese Ansprüche wegen Mängel auch schon vor dem vereinbarten Fertigstellungstermin geltend gemacht werden können. Dies setzt die Fälligkeit des Anspruchs vor dem Fertigstellungstermin voraus. Eine Mindermeinung vertritt (wohl) unter Bezugnahme auf die Rechtslage nach der Kündigung die Auffassung, dass der Nacherfüllungsanspruch jederzeit, damit auch schon vor dem Fertigstellungstermin fällig sei¹³⁵. Diese Ansicht ist aber mit den überzeugenden Argumenten der vorherrschenden Meinung in der Literatur abzulehnen, da bei der erstgenannten Ansicht unberücksichtigt bleibt, dass mit einer Kündigung die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen als geschuldete Leistungen behandelt werden und in Folge der Kündigung fällig gestellt werden¹³⁶. Da im BGB eine dem § 4 Nr. 7 VOB/B (s.u.) vergleichbare Regelung fehle, müsse der Grundsatz gelten, dass der Nacherfüllungsanspruch erst mit dem Fertigstellungstermin fällig wird. Hierfür spräche, dass das BGB selbst keine ausdrückliche Verpflichtung des Unternehmers enthält, einen während der Bauausführung erkannten Mangel auf Anforderung des Bestellers sofort zu beseitigen. Ebenso ist von der Begrifflichkeit auszugehen, dass der Nacherfüllungsanspruch vom Terminus her bereits einen Erfüllungsanspruch voraussetzt, ein Erfüllungsanspruch muss fällig sein, bevor der Besteller Nacherfüllung, d.h. Mängelbeseitigung fordern kann. Es kommt demnach darauf an, welche Fälligkeitsregelung der Vertrag für den Erfüllungsan-

¹³³ Vorwerk, BauR 2003, 1 (8 f.).

¹³⁴ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rdnr. 12.

¹³⁵ Vorwerk, BauR 2003, 1 (10).

¹³⁶ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rdnr. 15.

spruch enthält. Ist lediglich eine Fertigstellungsfrist vereinbart oder ergibt sich der Fertigstellungszeitpunkt nach allgemeinen Grundsätzen des § 271 BGB, so kann aus dem o.g. Grundsatz vorher keine Erfüllung und damit auch keine Nacherfüllung verlangt werden¹³⁷. Dieser Grundsatz ist aber nach § 242 BGB in den Fällen einzuschränken, in denen Leistungen mangelhaft sind, auf die andere Leistungen so aufbauen, dass eine Mängelbeseitigung durch die Fortführung der Arbeiten unmöglich oder erheblich erschwert ist¹³⁸. In solchen Fällen kann dem Auftraggeber nicht zugemutet werden, die Fertigstellungsfrist abwarten zu müssen, um dann letztlich auf die Erfüllungssurrogate verwiesen zu werden, vielmehr muss ihm die Möglichkeit eingeräumt werden, schon frühzeitig während der Herstellungsphase die Beseitigung des Mangels zu fordern und die Mängelansprüche geltend zu machen (wird z.B. eine Bodenplatte fehlerhaft gegründet und dieser Mangel sofort bemerkt, wäre es dem Auftraggeber nicht zuzumuten, den Fertigstellungstermin abzuwarten, da anderenfalls eine Mängelbeseitigung nach Fortführung der Arbeiten unmöglich oder erheblich erschwert wäre)¹³⁹. Unabhängig davon kann der Auftraggeber nach allgemeinem Recht Schadensersatz neben der Leistung gem. § 280 BGB selbstverständlich auch vor Ablauf der Fertigstellungsfrist verlangen, denn dieser Anspruch wird mit der Entstehung des Schadens fällig¹⁴⁰.

2. Verzögerte Leistungen

Verzögert der Auftragnehmer die vertraglich geschuldeten Leistungen, sind die Rechtsfolgen aus dem Allgemeinen Schuldrecht abzuleiten: Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nach § 280 Abs. 1 und 2 BGB kann der Auftraggeber unter den Voraussetzungen nach § 286 BGB (Verzug des Unternehmers) verlangen, was bekanntlich die Fälligkeit der Leistung und die verzugsbegründenden Tatbestandsvoraussetzungen aus § 286 Abs. 1 bzw. Abs. 2 und 3 BGB voraussetzt. Weitere Voraussetzung ist ein Verschulden des Auftragnehmers nach § 286 Abs. 4 BGB. Rechtsfolgen des Verzugs sind - neben der verschärften Haftung aus § 287 BGB, der Verzinsung nach den Maßgaben der §§ 288 ff. BGB sowie der Rücktrittsmöglichkeit aus § 323 BGB - zum einen, dass der Besteller gem. §§ 280 Abs. 1

¹³⁷ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rdnr. 15.

¹³⁸ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rdnr. 16.

¹³⁹ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rdnr. 16.

¹⁴⁰ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rdnr. 18.

und 2, 286 BGB einen Anspruch auf Ersatz des durch den Verzug entstandenen Schadens hat. Hierbei gilt das allgemeine Schadensersatzrecht aus §§ 249 ff. BGB. Demnach hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber die durch den Verzug begründeten Vermögensnachteile auszugleichen (s.u. zu den am Bau denkbaren Verzögerungsschäden). Zum anderen kann der Auftraggeber unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung fordern, wenn der Auftragnehmer die Verzögerung zu vertreten hat. Voraussetzung ist grundsätzlich nach § 281 Abs. 1 S. 1 BGB, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. Dieser Schadensersatzanspruch statt der Leistung erfasst die Schäden, die durch eine Nacherfüllung verhindert werden könnten. Dazu gehören in erster Linie die Mängelbeseitigungskosten. Der Schadensersatzanspruch statt der Leistung kompensiert das Erfüllungsinteresse des Auftraggebers. Der Auftraggeber hat also einen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, als wäre der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden. Bekanntlich wird zwischen dem sog. „Kleinen Schadensersatzanspruch“ und dem „Großen Schadensersatzanspruch“ unterschieden: Im Regelfall des „Kleinen Schadensersatzanspruchs“ behält der Auftraggeber das Bauwerk und kann den durch die mangelhafte Ausführung verursachten Schaden verlangen. Diese Art der Schadensberechnung spielt bei Bauverträge die weit- aus größere Rolle, da dem Auftraggeber mit der Zurückweisung des Bauwerks in aller Regel wenig gedient ist (im Gegensatz dazu der „Große Schadensersatzanspruch“). Bereits der Mangel selbst ist Schaden, allerdings findet § 249 BGB nur mit einer wesentlichen Einschränkung Anwendung, dass kein Anspruch auf Naturalrestitution besteht: Deshalb kann der Auftraggeber nach § 249 BGB nur einen geldwerten Ausgleich verlangen¹⁴¹. Die Bewertung des Schadens erfolgt nach der Differenzhypothese, wonach der Schaden in Höhe eines mangelbedingten Minderwerts besteht. Dieser Minderwert kann auf verschiedene Arten berechnet werden: Einerseits kann der Auftraggeber die Minderung des Verkehrswertes verlangen, d.h. die Differenz zwischen Verkehrswert mit Mangel und ohne Mangel unter Berücksichtigung des Berechnungsmodus des § 638 Abs. 3 BGB. Andererseits kann der mangelbedingte Minderwert auch nach den Aufwendungen berechnet werden, die zur vertragsgemäßen Herstellung des Werkes notwendig sind. Dazu gehören alle Kosten, die nach § 637 Abs. 1 BGB (Selbstvornahme) erstattet werden, sowie sämtliche weitere Kosten (z.B. die Kosten einer notwendigen Hotelunterbringung oder die notwendigen Auslagerung von

¹⁴¹ BGH BauR 2004, 1617.

Möbeln)¹⁴². Im Gegensatz dazu kann (in praktisch seltenen Fällen) der Auftraggeber den „Großen Schadensersatzanspruch“ nach §§ 280 Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 3 BGB (Schadensersatz statt der ganzen Leistung) unter der Voraussetzung verlangen, dass der Mangel erheblich ist. In diesem Fall weist der Auftraggeber die ganze Leistung zurück und will in diesem Umfang Kompensation. Er macht den durch die Nichterfüllung des gesamten Vertrages entstandenen Schaden geltend. In Bausachen wird dieser Schadenersatz statt der ganzen Leistung nach der ebenfalls anzuwendenden Differenztheorie hauptsächlich in zwei Varianten geltend gemacht: In der ersten Variante lässt der Auftraggeber das Werk anderweitig fertigstellen¹⁴³. Der Schadensersatz berechnet sich dann nach den Mehrkosten, die durch die anderweitige Fertigstellung entstanden sind, und allen weiteren Schäden, die durch die Nichterfüllung entstanden sind. Von den Kosten des Drittunternehmers ist bei dieser Berechnung der Werklohn des Altunternehmers abzuziehen, weil dieser nicht mehr zu entrichten ist. Gleichzeitig kann der Auftraggeber alle anderen Schäden liquidieren, die er in Folge der Nichterfüllung hat, insbesondere Nutzungsausfall, Abschreibungsausfall usw., da der nach § 281 Abs. 1 BGB geschuldete Schadensersatz auch sämtliche Folgeschäden umfasst¹⁴⁴. In der zweiten Variante lässt der Auftraggeber das Werk überhaupt nicht mehr fertigstellen. Er stellt das unfertige oder mangelhafte Werk zur Verfügung. Der Schadensersatzanspruch berechnet sich dann nach dem Vermögensverlust, den der Auftraggeber in Folge des Scheiterns des Objektes erlitten hat. Ebenso sind dem Auftraggeber alle sonstigen Vermögensschäden zu ersetzen.

3. Vertragsstrafe

In Bauverträgen wird eine Vertragsstrafe in erster Linie vereinbart, um dem Auftraggeber Fertigstellungs- bzw. Zwischentermine zu sichern. Die Vertragsstrafe hat eine doppelte Zwecksetzung: Zum einen soll sie Druck auf den Auftragnehmer ausüben, die Leistung vertragsgerecht zu erfüllen. Zum anderen hat sie den Zweck, den Schadensersatzanspruch in Folge der Nichterfüllung zu pauschalieren und dabei gleichzeitig dem Gläubiger den Schadensbeweis zu ersparen¹⁴⁵. Sofern die Vertragsstrafe zwischen den Parteien nicht indi-

¹⁴² BGH NZBau 2003, 375; OLG Celle BauR 2003, 403.

¹⁴³ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 636 Rdnr. 67.

¹⁴⁴ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 636 Rdnr. 69.

¹⁴⁵ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 631 Rdnr. 197; Palandt/Krüneberg, Vorb. v. § 339 Rdnr. 1.

viduell vereinbart wurde, wird diese oft in Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt. In diesem Fall erfolgt eine Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB zulasten des Verwenders nach § 307 BGB mit den bekannten (im Rahmen dieser Arbeit aber nicht zu vertiefenden) Folgeproblemen, insbesondere bei Verstößen gegen das Transparenzgebot, der unangemessenen Höhe einer Vertragsstrafe etc.. Die Vertragsstrafe ist verwirkt, wenn der Auftragnehmer in Verzug kommt (§ 339 BGB). Verzug setzt das Verschulden des Auftragnehmers an der Fristüberschreitung voraus (s.o.). Welche Frist vereinbart ist, ergibt die Vertragsauslegung. In Vertragsstrafenvereinbarungen gibt es verschiedene Fristen, wie Zwischenfristen, Fertigstellungsfristen, Bezugsfertigkeitsfristen, Einzelfristen, Gesamtfristen usw.. Insbesondere bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen seitens des Auftraggebers klare und unmissverständliche Regelungen in den Vertrag eingebracht werden, wenn der Auftraggeber daran eine Vertragsstrafe knüpfen will. Wenn im Ergebnis die Vertragsstrafe zwischen den Parteien wirksam vereinbart ist und die vertraglichen o.g. Voraussetzungen erfüllt sind, kann der Auftraggeber vom Auftragnehmer die Vertragsstrafe fordern. Sie kann dann auch im Wege der Aufrechnung gegenüber dem Werklohnanspruch des Auftragnehmers durchgesetzt werden¹⁴⁶. Weiterhin kann eine Vertragsstrafe neben der Erfüllung des Vertrages verlangt werden. Verlangt allerdings der Auftraggeber wegen des Verzuges auch Schadensersatz, so muss die Vertragsstrafe nach der zwingenden Regelung der §§ 340 Abs. 2, 341 Abs. 2 BGB auf den Schadensersatzanspruch angerechnet werden¹⁴⁷. Dagegen müssen Schadensersatzansprüche, die auf einen Umstand beruhen, der nicht den Vertragsstrafenanspruch begründet hat, nicht angerechnet werden¹⁴⁸.

II. Ansprüche des Auftraggebers nach VOB/B

Sofern Auftraggeber und Auftragnehmer im Bauvertrag die Anwendbarkeit der VOB/B vereinbart haben, gilt Folgendes:

1. Mangelhafte Leistung

In der VOB/B sind die (lediglich beim BGB-Bauvertrag offenen) Fragen im Hinblick auf den Zeitpunkt der Rechte des Auftraggebers wegen mangelhafter Leistung, namentlich

¹⁴⁶ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 631 Rdnr. 220.

¹⁴⁷ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 631 Rdnr. 240.

¹⁴⁸ OLG Düsseldorf BauR 2003, 259 (260).

schon vor Abnahme bzw. sogar vor Ablauf des Fertigstellungstermins (s.o.) in Form des § 4 Nr. 7 VOB/B wie folgt gelöst:

a) Mängelbeseitigung und Schadensersatz

Demnach hat der Auftraggeber das Recht, jederzeit die Mängelbeseitigung zu verlangen (§ 4 Nr. 7 S. 1 VOB/B). Gleichzeitig kann der Auftraggeber jederzeit den Schaden neben der Leistung liquidieren (§ 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B).

b) Ersatzvornahme

Hingegen entsteht das Recht auf Ersatzvornahme (§ 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B i.V.m. § 8 Nr. 3 VOB/B) vor der Abnahme grundsätzlich erst dann, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer die Leistung ordnungsgemäß entzogen hat, d.h. nach einer mit der Kündigungsandrohung verbundenen Fristsetzung zur Mängelbeseitigung und deren fruchtlosen Ablauf. Das Erfordernis der Fristsetzung mit Kündigungsandrohung bezweckt zweierlei: Dem Auftragnehmer soll eine angemessene Frist eingeräumt werden, die Leistung noch vertragsgerecht zu erfüllen, und gleichzeitig soll er mit der Kündigungsandrohung vor den Folgen gewarnt werden. Auf der rein haftungsrechtlichen Ebene, d.h. außerhalb der Insolvenz des Auftragnehmers, gilt der Grundsatz der Unentbehrlichkeit der Kündigung, da die Kündigung Klarheit schaffe¹⁴⁹. Das Erfordernis der Vertragsauflösung im VOB-Bauvertrag hat den Zweck, ansonsten vorprogrammierte Konflikte auf der Baustelle zu vermeiden (beispielsweise wenn der Auftragnehmer und ein Drittunternehmer gleichzeitig auf der Baustelle zwecks Mängelbeseitigung tätig sind bzw. in den Fällen zögerlicher Fertigstellung, wenn der Drittunternehmer mit der Fertigstellung beauftragt ist, der Auftragnehmer jedoch das Werk selbst fertigstellen möchte)¹⁵⁰. Werden diese Voraussetzungen nicht erfüllt, insbesondere wenn keine angemessene Frist eingeräumt worden ist bzw. eine Androhung der Kündigung nicht erfolgte, ist die Kündigung grundsätzlich unwirksam, es sei denn, dass eine Fristsetzung bzw. Kündigungsandrohung entbehrlich ist, wenn es eine reine Förmelerei wäre¹⁵¹.

¹⁴⁹ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 649 Rdnr. 32.

¹⁵⁰ BGH NJW 1977, 1922 (1923).

¹⁵¹ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 649 Rdnr. 31.

2. Verzögerte Leistung

Hält der Auftragnehmer eines VOB-Bauvertrages Ausführungsfristen bzw. Einzelfristen als Vertragsfristen nicht ein, zeigt § 5 Nr. 4 VOB/B die Rechtsfolgen zum Nachteil des Auftragnehmers auf, wobei es sich hierbei um eine vertraglich vereinbarte Sonderregelung für das Verlangen auf Schadensersatz bei Aufrechterhaltung des Vertrages oder für die Entziehung des Auftrags durch den Auftraggeber handelt¹⁵². Verzögert der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung, gerät er mit der Vollendung in Verzug oder kommt er der in § 5 Nr. 3 VOB/B erwähnten Verpflichtung nicht nach, so kann der Auftraggeber bei Aufrechterhaltung des Vertrages Schadensersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B verlangen oder dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe (§ 8 Nr. 3 VOB/B). Unter Verzögerung des Beginns der Ausführung i.S.d. Alt. 1 des § 5 Nr. 4 VOB/B ist die Überschreitung des vertraglich festgelegten Beginns der Ausführungsfrist zu verstehen, wobei hierauf nicht zurückgegriffen werden kann, wenn bereits mit der Ausführung begonnen wurde¹⁵³. Verzug mit der Vollendung i.S.d. Alt. 2 des § 5 Nr. 4 VOB/B ist gegeben, wenn die Herstellung des vertraglich geschuldeten Bauwerks beim Ablauf der Ausführungsfrist und trotz einer – nach Ablauf der aus § 286 Abs. 1 BGB grundsätzlich erforderlichen und erfolgten - Mahnung des Auftraggebers nicht beendet ist (mit den Ausnahmeregelungen in § 286 Abs. 2 BGB)¹⁵⁴. Eine Nichterfüllung der in § 5 Nr. 3 VOB/B erwähnten Verpflichtung liegt dann i.S.v. § 5 Nr. 4 Alt. 3 VOB/B vor, wenn der Auftraggeber zu recht Abhilfe verlangt und der Auftragnehmer dem in zumutbarer Zeit oder einer ihm gesetzten angemessenen Frist nicht nachgekommen ist. Rechtsfolgen bei Missachtung der o.g. Pflichten sind in erster Linie die Befugnis des Auftraggebers, bei Aufrechterhaltung des Vertrages Schadensersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B verlangen zu können, in zweiter Linie die außerdem gegebene Möglichkeit der Vertragskündigung. Damit hat der Auftraggeber ein Wahlrecht, indem er sich entscheiden kann bzw. muss, ob er die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses mit dem Auftragnehmer wählt oder nicht: Wählt der Auftraggeber unter Aufrechterhaltung des Bauvertrages den Ersatz des Verzugschadens, so enthält § 6 Nr. 6 BGB eine Spezialregelung gegenüber dem allgemeinen Verzugschadensersatzanspruch aus §§ 280, 286 BGB

¹⁵² Ingenstau/Korbion/Döring, § 5 Nr. 4 VOB/B Rdnr. 1.

¹⁵³ Ingenstau/Korbion/Döring, § 5 Nr. 4 VOB/B Rdnr. 2.

¹⁵⁴ Ingenstau/Korbion/Döring, § 5 Nr. 4 VOB/B Rdnr. 2.

insofern, als dass eine Begrenzung der nach dem Gesetz gegebenen vollen Schadensersatzpflicht des Auftragnehmers aus Verzug vereinbart wird, indem nach § 6 Nr. 6 VOB/B der Auftraggeber lediglich den nachweislich entstandenen Schaden, nicht aber den entgangenen Gewinn verlangen kann, es sei denn, die dem Auftragnehmer anzulastende Bauverzögerung ist von diesem vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt worden¹⁵⁵. Alternativ hierzu kann der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe (§ 8 Nr. 3 VOB/B).

3. Vertragsstrafe

Nach § 11 Nr. 1 VOB/B gelten unter der Voraussetzung, dass zwischen den Parteien des VOB-Bauvertrages die Vertragsstrafe wirksam vereinbart worden ist, gleichfalls die o.g. gesetzlichen Vorschriften aus §§ 339 bis 345 BGB. Insoweit wird in der VOB/B im Grundsatz auf eine vom Gesetz abweichende Regelung verzichtet. § 11 Nr. 2 bis 4 VOB/B enthalten lediglich konkretisierende Vorschriften zur Fälligkeit, zur Berechnung nach Tagen bzw. Wochen sowie zum zwingenden Vorbehalt bei der Abnahme; im Übrigen gilt das oben Gesagte.

III. Sowiesokosten des Auftraggebers

1. Grundsätzlicher Vorteilsausgleich

Erlangt der Auftraggeber allein durch die Mängelhaftung außer der ohnehin bestehenden vertraglicher Verpflichtungen des Auftragnehmers Vorteile, so hat er sie auszugleichen. Insoweit ist der Auftraggeber seinerseits verpflichtet, sich mit den sogenannten Sowiesokosten an der Mängelhaftung des Auftragnehmers zu beteiligen¹⁵⁶. Der Unternehmer darf nicht mit den Kosten solcher Maßnahmen belastet werden, um die das Werk bei ordnungsgemäßer Ausführung von vornherein teurer geworden werden wäre¹⁵⁷. Hätte der erwünschte Erfolg nur durch Vergabe von Zusatzaufträgen oder eines anderen, teurer gewordenen Auftrags erreicht werden können, handelt es sich innerhalb der Mängelbeseiti-

¹⁵⁵ Ingenstau/Korbion/Döring, § 5 Nr. 4 VOB/B Rdnr. 11.

¹⁵⁶ Kniffka, Bauvertragsrecht, 634 Rdnr. 38 mit Verweis auf die entsprechende Rechtsprechung.

¹⁵⁷ BGH BauR 1990, 360.

gung um anrechnungsfähige Sowiesokosten¹⁵⁸. Zur Bezifferung dieser Sowiesokosten sind diejenigen Mehraufwendungen zu ermitteln, die bei Befolgung des mit der Mängelbeseitigung vorgesehenen Konzepts entstanden wären¹⁵⁹. Mit dieser Systematik der Sowiesokosten werden die Vertragsparteien so gestellt, wie sie bei vertragsgrechtem Verhalten beider Parteien gestanden hätten: bei vertragsgrechtem Verhalten hätte der Auftragnehmer sofort auf die Bedenken hinweisen müssen, die ihm in Folge der fehlerhaften Planung, Leistungsbeschreibung, Anordnungen, Stoffe und Bauteile bzw. Vorunternehmerleistungen hätten kommen müssen, dann hätte der Auftraggeber durch eine Änderungsanordnung reagieren müssen und die entsprechenden Mehrkosten zu tragen gehabt (vgl. §§ 1 Nr. 3 und 4 VOB/B i.V.m. § 2 Nr. 5, 6 und 7 VOB/B¹⁶⁰). Diese Mehrkosten muss der Auftraggeber in jedem Fall tragen¹⁶¹.

2. Ausnahmen

Andererseits ist es dem Auftragnehmer nicht gestattet, sich durch Geltendmachung von Sowiesokosten seiner werkvertraglichen Erfolgshaftung zu entziehen. Es muss deshalb in jedem Einzelfall die geschuldete Leistung konkret ermittelt und aus dem Vertrag heraus festgelegt werden¹⁶². Hat der Auftragnehmer einen bestimmten Erfolg zu einem bestimmten Preis versprochen, bleibt er an seine Zusage selbst dann gebunden, wenn sich die beabsichtigte Ausführungsart nachträglich als unzureichend erweist und aufwendige Maßnahmen erforderlich werden¹⁶³. Hat der Auftragnehmer den Erfolg beispielsweise pauschal ohne eine Leistungsbeschreibung oder ein Leistungsverzeichnis versprochen, so können Sowiesokosten nur in dem Umfang entstehen, in denen die Pauschalierung überschritten wird¹⁶⁴. Aber selbst dann, wenn die Leistung detailliert beschrieben ist, kann sich aus der vertraglichen Abrede ergeben, dass der Auftragnehmer die Leistung ungeachtet der detail-

¹⁵⁸ BGH BauR 1984, 395; BGH BauR 2002, 86; BGH BauR 2007, 700.

¹⁵⁹ BGH BauR 1984, 510; BGH BauR 1993, 722.

¹⁶⁰ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rdnr. 69.

¹⁶¹ BGH BauR 1984, 510.

¹⁶² BGH BauR 2007, 700.

¹⁶³ BGH BauR 1984, 510; BGH BauR 2007, 700.

¹⁶⁴ BGH BauR 1994, 776.

lierten Beschreibung zu dem vereinbarten Preis auch dann schuldet, wenn die vorgesehene Ausführungsart nicht zu dem vereinbarten Erfolg führt¹⁶⁵.

3. Abschnitt: Insolvenzrechtliche Ebene

Auf der insolvenzrechtlichen Ebene sind die Rechtsbeziehungen zwischen dem weiterhin solventen Auftraggeber und dem in Insolvenz geratenen Auftragnehmer (bzw. dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter) zu betrachten. Zunächst sind die Insolvenz des Auftragnehmers und ihre wirtschaftlichen Folgen für den Auftraggeber zu untersuchen. Im Anschluss daran ist die insolvenzrechtliche Lage des Bauvertrages in der Phase des Insolvenzeröffnungsverfahrens und in der sich ggf. anschließenden Phase ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu prüfen, da sich (teilweise noch nicht in jeder Einzelheit gelöste) Rechtsprobleme der insolvenzrechtlichen Ebene nicht unproblematisch auf die deckungsrechtlichen Ebene auswirken, gerade im Hinblick auf die äußerst kritische Frage eines – wenn überhaupt bestehenden – Kündigungsrechts des Auftraggebers wegen Insolvenz des Auftragnehmers.

A. Insolvenz des Auftragnehmers

I. Hohe Insolvenzhäufigkeit der Bauwirtschaft

In der Bundesrepublik Deutschland hat die Anzahl der Gesamtunternehmensinsolvenzen stark zugenommen, wobei der Anstieg sich besonders in der Bau- und Immobilienwirtschaft niedergeschlagen hat¹⁶⁶. Die relative Insolvenzhäufigkeit der Baubranche lag 2005 bei 262 Insolvenzen je 10.000 Unternehmen, wobei als Gründe dieser Entwicklung u.a. eine langfristig rückläufige Preisentwicklung sowie ein zunehmender Wettbewerb durch ausländische Billiganbieter genannt werden¹⁶⁷.

¹⁶⁵ BGH BauR 2007, 700.

¹⁶⁶ Lachmann/Nieberding, Insolvenz am Bau, S. 1.

¹⁶⁷ Lachmann/Nieberding, Insolvenz am Bau, S. 1.

II. Formelle Insolvenz

Von der Insolvenz im formellen Sinn wird nach der Insolvenzeröffnung (InsO) erst im Insolvenzeröffnungsverfahren gesprochen¹⁶⁸. Die formelle Insolvenz setzt einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem. § 13 InsO voraus. Ein Insolvenzverfahren wird nur dann eröffnet, wenn ein Eröffnungsgrund vorliegt. Eröffnungsgründe i.S.v. § 16 InsO sind Zahlungsunfähigkeit, beim Eigenantrag des Schuldners die drohende Zahlungsunfähigkeit sowie – bei juristischen Personen – die Verschuldung:

1. Zahlungsunfähigkeit nach §§ 16, 17 InsO

Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Dies ist nach § 17 Abs. 2 S. 2 InsO in der Regel dann der Fall, wenn der Schuldner die Zahlungen eingestellt hat. Von der Zahlungsunfähigkeit ist die bloße Zahlungsstockung, die keine Insolvenzantragspflicht begründet, zu unterscheiden: Der BGH hat die Abgrenzung anhand der Merkmale der „Wesentlichkeit“ und der „Dauerhaftigkeit“ festgelegt¹⁶⁹: Bei einer Liquiditätslücke von weniger als 10 % ist von einer Zahlungsunfähigkeit auszugehen (Wesentlichkeit). Eine solche Liquiditätslücke begründet nur dann eine Insolvenzantragspflicht, wenn im Rahmen einer Prognose feststellbar ist, dass die Lücke zukünftig mehr als 10% beträgt. Es kommt nicht darauf an, ob diese Liquiditätslücke innerhalb eines 3-wöchigen Zeitrahmens behebbar ist, so dass eine Liquiditätslücke von weniger als 10% selbst dann ohne insolvenzrechtliche Relevanz ist, wenn sie dauerhaft besteht. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Umstände vorliegen, die erwarten lassen, dass sich der Niedergang des Schuldnerunternehmens fortsetzen wird. Bei einer Unterdeckung von mehr als 10% muss hingegen der Geschäftsführer, der von einer Zahlungsunfähigkeit ausgeht, Indizien dafür vorlegen, dass sich die Liquiditätslücke in einem überschaubaren Zeitrahmen beheben lässt¹⁷⁰. Falls mehr als 10% der Bauforderung nicht bedient werden können, folgt hieraus während laufender Finanzierungsbemühungen keine Zahlungsunfähigkeit, sofern der Zeitraum, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die

¹⁶⁸ Koenen, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 2211.

¹⁶⁹ BGH ZIP 2005, 1426.

¹⁷⁰ Lachmann/Nieberding, Insolvenz am Bau, S. 4.

benötigten Mittel zu beschaffen, nicht überschritten wird (Dauerhaftigkeit). Hierfür soll eine 2-3 Wochenfrist erforderlich und ausreichend sein¹⁷¹.

2. Drohende Zahlungsunfähigkeit nach §§ 16, 18 InsO

Ebenso berechtigt eine drohende Zahlungsunfähigkeit den Schuldner zur Insolvenzantragsstellung nach § 18 Abs. 1 InsO. Die Zahlungsunfähigkeit droht, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht mehr in der Lage ist, die bestehenden Zahlungspflichten zum Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.

3. Überschuldung nach §§ 16, 19 InsO

Nach § 19 Abs. 2 InsO liegt eine Überschuldung vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr oder nicht deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.

III. Materielle Insolvenz

Hingegen spricht man bereits dann von einer materiellen Insolvenz, wenn der Auftragnehmer nicht mehr in der Lage ist, seinen Verbindlichkeiten fristgerecht, d.h. bei Fälligkeit nachzukommen¹⁷². Mit Verbindlichkeiten in diesem Sinne sind nicht nur Zahlungsverpflichtungen, sondern alle Hauptleistungspflichten gemeint. Dies bedeutet, dass der Auftragnehmer bereits dann materiell insolvent ist, wenn er aufgrund seiner wirtschaftlichen Situation nicht mehr in der Lage ist, das geschuldete Werk herzustellen bzw. durch einen Dritten herstellen zu lassen¹⁷³. Sofern der Auftraggeber von dieser materiellen Insolvenz seines Vertragspartners Kenntnis erlangt, kann er hierauf eine Anfechtung nach §§ 119, 123 BGB stützen und sogar Schadensersatz wegen Verletzung strafrechtlicher Normen gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 283 StGB bzw. § 64 Abs. 1 GmbHG fordern¹⁷⁴.

¹⁷¹ Lachmann/Nieberding, Insolvenz am Bau, S. 4.

¹⁷² Koenen, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 2211.

¹⁷³ Koenen, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 2211.

¹⁷⁴ BGHZ 126, 181 (190 ff.); BGHZ 125, 366 (378).

IV. Wirtschaftliche Folgen der Insolvenz des Auftragnehmers für den Auftraggeber

Die wirtschaftlichen Folgen einer Bauinsolvenz des Auftragnehmers sind für den Auftraggeber erheblich:

1. (Fertigstellungs-)Mehrkosten

Wenn der Auftragnehmer während der Bauphase insolvent wird und ein (vorläufiger) Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung des Bauvertrages ablehnt (s.u. zu den Einzelheiten), entstehen für die Fertigstellung des Bauwerkes als solches in aller Regel höhere Kosten, beispielsweise durch die Beauftragung eines anderen Bauunternehmers, bzw. falls neue Planungen erforderlich sind und zur Koordination der Arbeiten besondere Aufwendungen getätigt werden müssen. Auch können Materialkosten oder die Umsatzsteuer gestiegen sein, die bei einer Fortführung des ursprünglichen Vertrages nicht ohne Weiteres auf den Auftraggeber hätten abgewälzt werden können¹⁷⁵.

2. Kosten für die Feststellung des Bauzustands

Daneben entstehen erhebliche Kosten für die Feststellung des Bauzustandes, insbesondere um gegenüber dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter mögliche Ansprüche wegen Mängeln geltend machen zu können¹⁷⁶.

3. Verzögerungsschäden

Weiterhin können dem Auftraggeber unmittelbare und mittelbare Verzögerungsschäden entstehen:

a) Stillstandskosten wegen Schäden am Bauwerk

Durch einen Baustillstand kann der Bau Schaden genommen haben, wenn beispielsweise die Witterung dem Bau während des Stillstandes zugesetzt hat, oder die Bauarbeiten in einem bautechnisch äußerst ungünstigen Stadium eingestellt wurden (ein Dach war nur zum Teil gedeckt, als diese Arbeiten insolvenzbedingt eingestellt wurden, wodurch Wasserschäden entstanden sind).

¹⁷⁵ Voit BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 236.

b) Entschädigung anderer am Bau beteiligter Unternehmer

Bei einem Bauprojekt mit mehreren gesondert vergebenen Gewerken können dem Auftraggeber dadurch Schäden entstehen, dass andere Unternehmer eine Entschädigung für die insolvenzbedingte Verzögerung verlangen, weil beispielsweise ihre Maschinen stillstehen oder abgezogen und neu aufgestellt werden müssen bzw. sich die Arbeiten in eine ungünstigere, mit höheren Kosten verbundene Jahreszeit verschieben¹⁷⁷.

c) Mittelbare Verzögerungskosten

Unter mittelbare Verzögerungskosten fallen v.a. Kosten für das erforderliche Anmieten von Ersatzraum, beispielsweise Hotelunterbringungskosten bzw. ungeplante, längere Mietzinszahlungen für das vom Auftraggeber bisher genutzte Wohn-/Geschäftsobjekt, bei einem gewerblichen Bau kann ein Betriebsausfallschaden durch die Verzögerungen entstehen. Möglicherweise muss der Auftraggeber auch höhere Finanzierungskosten aufbringen und zusätzliche Bereitstellungszinsen zahlen. In Betracht kommen in diesem Zusammenhang auch entgangene Mieteinnahmen¹⁷⁸.

4. Weitere Kosten des Auftraggebers

Ebenso können dem Auftraggeber Kosten aufgrund nicht vereinbarungsgemäßer Teilzahlungen entstehen, z.B. durch zu frühe Teilzahlung des Auftraggebers an den Auftragnehmer. Auch können dem Auftraggeber Kosten in Form von zu unrecht geleisteten Überzahlungen entstehen, nachdem er an den Auftragnehmer Zahlungen für Leistungen getätigt hat, die seitens des Auftragnehmers nach dem gegenwärtigen Bauzustand tatsächlich noch nicht erbracht worden sind.

B. Insolvenzzrechtliche Lage des Bauvertrags

In der Baufertigstellungsversicherung ist der Versicherungsfall nach Ziff. 2.1 VB BFV (2008) nur dann gegeben, wenn der Auftragnehmer als Versicherungsnehmer seine Verpflichtungen aus dem Bauvertrag „aufgrund von Insolvenz“ nicht mehr erfüllen kann, wobei der Begriff der „Insolvenz“ eigenständig (und damit unabhängig von der o.g. insolvenz-

¹⁷⁶ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 236.

¹⁷⁷ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 237.

rechtlichen Begrifflichkeit) wie folgt definiert wird: Nach Ziff. 2.2 VB BFV (2008) „liegt Insolvenz im Sinne dieser Versicherungsbedingungen vor, wenn über das Vermögen des Versicherungsnehmers ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt worden ist. Die Voraussetzung für die Gewährung des Versicherungsschutzes ist jedoch, dass der Auftraggeber (Bauherr) den zugrunde liegenden Werkvertrag gekündigt hat. Erfolgt keine Kündigung des Werkvertrages durch den Auftraggeber (Bauherrn), hat dieser nur dann einen Anspruch auf Entschädigungsleistungen, wenn der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist oder – im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Bauvertrages abgelehnt hat“. Bevor auf die Besonderheiten bzw. Schwierigkeiten im Zusammenhang mit den Versicherungsbedingungen und den dort genannten Konstellationen je nach Verfahrensstand des Insolvenzverfahrens eingegangen werden kann, muss zunächst auf rein insolvenzrechtlicher Ebene die Rechtslage des Bauvertrages in den verschiedenen Phasen der Insolvenz betrachtet werden, und zwar – soweit möglich – Rechtslage eines Bauvertrags im Allgemeinen, andernfalls (wenn erforderlich) differenziert nach BGB und VOB/B: Spaltet man das Insolvenzverfahren insgesamt auf, so ist die erste Phase das Insolvenzeröffnungsverfahren und die zweite Phase dann ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens. In den jeweiligen Phasen sind verschiedene Rechtskonstellationen denkbar, im Wesentlichen dass entweder der Bauvertrag durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter erfüllt wird, oder aber dass der Bauvertrag nicht erfüllt wird bzw. – sofern dies (insolvenz-)rechtlich überhaupt möglich ist – durch den Auftraggeber mit seinerseits zu bedenkenden, nicht unerheblichen Rechtsfolgen (gerade beim BGB-Bauvertrag, s.u.) gekündigt wird. Bekanntlich sind in diesem Zusammenhang viele Rechtsfragen äußerst umstritten und von der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt, so dass nachfolgende Überlegungen v.a. aus praxis- und lösungsorientierter Sicht des Auftraggebers durchgeführt werden, insbesondere welchen „sichersten Weg“ im Falle der Insolvenz des Auftragnehmers dem Auftraggeber zu empfehlen ist, verbunden mit einer jeweiligen Risikobetrachtung, insbesondere im Hinblick auf das nicht unproblematische, wenn überhaupt bestehende Kündigungsrecht des Auftraggebers in der jeweiligen Situation des Insolvenzverfahrens. Führt man sich – das Zwischenergebnis vorwegnehmend – die letztendlich unbefriedigende insolvenzrechtliche Rechtslage zulasten des Auftraggebers vor Augen, so werden daraus nicht wegzudiskutie-

¹⁷⁸ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 237.

rende Bedenken auf der deckungsrechtlichen Ebene übrig bleiben, die dann insgesamt, gerade auch im Verhältnis zur Vertragserfüllungsbürgschaft bewertet werden müssen.

I. Rechtslage des Bauvertrags im Insolvenzeröffnungsverfahren

Das Insolvenzeröffnungsverfahren ist die Phase nach Insolvenzantragstellung bis zur Verfahrenseröffnung bzw. Ablehnung der Insolvenzeröffnung mangels Masse. In dieser Phase sind mehrere insolvenzrechtliche Konstellationen im Hinblick auf einen BGB- bzw. VOB-Bauvertrag denkbar:

1. Insolvenzeröffnungsverfahren

Das Insolvenzeröffnungsverfahren unterteilt sich in ein Vor- und Hauptprüfungsverfahren und dauert regelmäßig bis zu drei Monate, da die Arbeitnehmer des Insolvenzschuldners nur für diesen Zeitraum von der Bundesagentur für Arbeit ein Insolvenzausfallgeld beanspruchen können und der vorläufige Insolvenzverwalter regelmäßig in diesem Zeitraum eine Klärung der weiteren Vorgehensweise herbeiführen wird bzw. auch muss.

a) Vorprüfungsverfahren

Hält im Rahmen eines Vorprüfungsverfahrens das Insolvenzgericht einen Insolvenzantrag für zulässig, kann es bis zur endgültigen Entscheidung über den Insolvenzantrag (Hauptprüfungsverfahren) Sicherungsmaßnahmen nach § 21 Abs. 2 InsO treffen:

i) Sicherungsmaßnahmen nach § 21 Abs. 2 InsO

Neben der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 und 2 InsO, s.u.) kann das Insolvenzgericht auch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen u.ä. untersagen (§ 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO) und eine vorläufige Postsperre anordnen (§ 21 Abs. 2 Nr. 4 InsO).

ii) Vorläufiger Insolvenzverwalter

Regelmäßig wird durch das Insolvenzgericht ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt, in der Regel der bisherige Gutachter. Die Rechte des vorläufigen Insolvenzverwalters können unterschiedlich ausgestaltet werden: Nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 und 2 Alt. 1 InsO kann das Insolvenzgericht dem Schuldner die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen gänzlich entziehen und auf den dann sog. „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter übertragen. Das Insolvenzgericht kann aber auch die Verfügungsbefugnis grundsätzlich beim Schuldner

belassen und zur Sicherung der Insolvenzmasse nur bestimmte Einzelanordnungen treffen bzw. - was in der Praxis der Regelfall ist – Verfügungen des Schuldners über die Gegenstände seines Vermögens unter den Vorbehalt der Zustimmung nach § 21 Abs. 1 und 2 Nr. 2 Alt. 2 InsO durch den dann sog. „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter stellen¹⁷⁹:

(a) „Starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter

Mit Ausnahme der Verwertungsbefugnis in Bezug auf die Insolvenzmasse hat der „starke“ vorläufige Insolvenzverwalter die gleichen Rechte wie der (spätere) Insolvenzverwalter im eröffneten Insolvenzverfahren, insbesondere begründet er durch seine Handlungen nach § 55 Abs. 2 InsO Masseverbindlichkeiten¹⁸⁰. Allerdings erfolgt bei Bauinsolvenzen die Einsetzung eines „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters durch die Auflegung eines allgemeinen Verfügungsverbotes in der Praxis äußerst selten, da dies u.a. für den vorläufigen Verwalter wegen der eben genannten Begründung von Masseverbindlichkeiten große Haftungsrisiken birgt und deshalb regelmäßig von ihm auch nicht gewünscht wird¹⁸¹.

(b) „Schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter

Auch aus diesen Überlegungen heraus, dass nämlich der regelmäßig eingesetzte „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter zur Begründung von Masseverbindlichkeiten nicht befugt ist, ordnet ein Insolvenzgericht (lediglich) den Zustimmungsvorbehalt nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 InsO an und will dadurch erreichen, dass alle wirtschaftlich relevanten Entscheidungen des Schuldners nur im Konsens mit dem vorläufigen Verwalter getroffen werden¹⁸². Im Zusammenhang mit späteren Überlegungen (insbesondere Erfüllung und Fortführung des Bauvertrages) ist klarzustellen, dass jedenfalls formal die Entscheidungsgewalt als solche nicht auf den „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter übergeht, da § 80 Abs. 1 InsO (Übergang des Verwaltungs- und Verfügungsrechts) erst mit der späteren Verfahrenseröffnung gilt. Dies bedeutet, dass der „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter gerade nicht Vertreter des Schuldners und somit in Bezug auf das Vermögen des

¹⁷⁹ Koenen, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch, Privates Baurecht, S. 2219.

¹⁸⁰ Koenen, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 2220.

¹⁸¹ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 3.

¹⁸² Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 3.

Schuldner auch nicht Vertragspartner der Gläubiger ist¹⁸³. Zwar suchen in der Praxis die Auftraggeber regelmäßig den direkten Kontakt zum „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter, doch bleibt das rechtlich verantwortliche Subjekt nach außen – von der in der Praxis vernachlässigbaren Fallgruppe des „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters abgesehen – der Auftragnehmer selbst, dessen Handlungen eben nunmehr der Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters bedürfen¹⁸⁴.

b) Hauptprüfungsverfahren

Der Vorprüfung schließt sich das sog. Hauptprüfungsverfahren an. Für die Insolvenzeröffnung ist eine bloße Glaubhaftmachung des Insolvenzgrundes nicht ausreichend. Vielmehr müssen nach § 16 InsO die Insolvenzgründe bewiesen sein. Dies kann das Insolvenzgericht nur in seltenen Ausnahmefällen selbst beurteilen, es ernennt deshalb in der Regel einen Gutachter und beauftragt diesen mit der Erstellung eines Gutachtens darüber, ob ein Insolvenzgrund gegeben ist (wobei häufig der vorläufige Insolvenzverwalter zugleich als Gutachter tätig war)¹⁸⁵. Das Gericht entscheidet auf der Grundlage des Gutachtens über die Insolvenzeröffnung: Kommt das Insolvenzgericht zu dem Ergebnis, dass ein Insolvenzgrund gegeben und ausreichend Masse vorhanden ist, wird das Verfahren eröffnet, andernfalls wird es (nach einem vom statistischen Bundesamt ermittelten Mittelwert bei ca. 50% aller Insolvenzverfahren) mangels Masse abgelehnt¹⁸⁶.

c) Mögliche Konstellationen des Bauvertrags im Insolvenzeröffnungsverfahren

Um später auf deckungsrechtlicher Ebene die Voraussetzungen des Versicherungsfalles darstellen zu können, sind die insolvenzrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen des Versicherungsfalles in verschiedenen Konstellationen rechtskritisch zu untersuchen, zumal sich zu vielen gerade insolvenzrechtlich ergebenen Problemkreisen noch keine gefestigte Rechtsprechung gebildet hat, was zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für den Auftraggeber bzw. auch dessen Berater führt. Insoweit orientiert sich diese Untersuchung aus rechtspraktischer Sicht auch an dem (anwaltlichen) Grundsatz des „sichersten Weges“. Im Hinblick

¹⁸³ Koenen, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch, Privates Baurecht, S. 2220.

¹⁸⁴ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 3.

¹⁸⁵ Lachmann/Nieberding, Insolvenz am Bau, S. 20.

¹⁸⁶ Lachmann/Nieberding, Insolvenz am Bau, S. 21.

auf die Rechtsbeziehungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer und damit im Wesentlichen auf das (Nicht-)Bestehen des Bauvertrags ergeben sich v.a. nachfolgende Konstellationen in der Phase zwischen Antragstellung und u.U. erfolgnder Verfahrenseröffnung:

(i) (Keine) Erfüllung des Bauvertrags durch den vorläufigen Insolvenzverwalter

Aus Sicht des vorläufigen, regelmäßig „schwachen“ Insolvenzverwalters gibt es die Möglichkeit, entweder den Bauvertrag weiter zu erfüllen und damit das Bauvorhaben fortzuführen, oder aber die Erfüllung des Bauvertrages abzulehnen.

(ii) (Keine) Kündigung des Bauvertrags durch den Auftraggeber

Der Auftraggeber hingegen kann in dieser Phase bestenfalls die Erfüllung seines Bauvertrages erhalten, in der Regel wird er aber zu prüfen haben, ob er den Bauvertrag kündigt (sofern er überhaupt rechtlich die Möglichkeit dazu hat), wobei v.a. auch sein Berater nicht zu unterschätzende Rechtsfolgen zulasten des Auftraggebers berücksichtigen muss (s.u.).

(iii) Ablehnung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse

Schließlich kann diese Phase auch durch Ablehnung der Insolvenzeröffnung mangels Masse beendet werden. Im Einzelnen:

2. Erfüllung des Bauvertrags durch den vorläufigen Insolvenzverwalter

a) Insolvenzzrechtliche Lage des Bauvertrags im Erfüllungsfall

Durch die Stellung eines Insolvenzantrags werden das Vertragsverhältnis und damit der Bauvertrag grundsätzlich nicht beeinträchtigt, Auftraggeber und Auftragnehmer haben den Vertrag nach wie vor zu erfüllen¹⁸⁷. Ebenso wenig berührt die Bestellung eines „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters das bestehende Vertragsverhältnis, dieser hat gleichfalls die Vertragspflichten des Schuldners im Rahmen des vereinbarten Bauvertrages zu erfüllen¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Heidland, Der Bauvertrag in der Insolvenz, S. 477.

¹⁸⁸ Heidland, Der Bauvertrag in der Insolvenz, S. 477.

b) Vertragsfortführung aus Sicht des Auftraggebers und deren Risiken

Im Insolvenzeröffnungsverfahren, insbesondere nach Stellung des Insolvenzantrags wird der Auftraggeber vor die Wahl gestellt, ob er gleichwohl den Bauvertrag mit dem Auftragnehmer (unter Einbindung des vorläufigen Verwalters) fortführen möchte, oder – sofern überhaupt rechtlich zulässig (s.u.) – den Bauvertrag (möglichst fristlos) kündigen soll¹⁸⁹. Die Wahl der Vertragsfortführung beinhaltet aus Sicht des Auftraggebers Chancen und Risiken:

i) Vorteile der Vertragsfortführung für den Auftraggeber

Nach Ansicht von Schmitz¹⁹⁰ sprächen aus Sicht des Auftraggebers folgende Aspekte für eine Vertragfortführung trotz Insolvenzantrag des Auftragnehmers: Verbleiben bewährter, qualifizierter Kräfte auf der Baustelle, befriedigende Qualität der bisher erbrachten Leistung (Mängelfreiheit, Einhaltung von Vertragsfristen), „Alternativlosigkeit“ zum Auftragnehmer, der sich in einer Spezialbranche betätigt und den der Auftraggeber nur schwer auf die Schnelle durch einen gleichwertigen Nachfolgeunternehmer ersetzen kann, baldiger Abschluss der Arbeiten, drohende finanzielle Risiken (hohe Restfertigstellungsmehrkosten durch Einschaltung eines Nachfolgeunternehmens und damit verbundenen Zeitverlust durch Verhandlungen, neue Baustelleneinrichtung usw., wenn der Auftraggeber diese Kosten nicht verlässlich durch vom Auftragnehmer gestellte Sicherheiten bzw. durch Aufrechnung gegen den noch nicht ausgezahlten Werklohn ausgleichen kann), schließlich auch Professionalität, „Bauerfahrung“ und gute Erreichbarkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters als faktischen Entscheidungsträger, so dass das weitere Vorgehen schnell feststeht und die Baustelle nicht lange stillliegt¹⁹¹.

ii) Risiken der Vertragsfortführung für den Auftraggeber

Wird der Bauvertrag fortgeführt und damit erfüllt (mit der später darzustellenden Folge, dass damit kein Versicherungsfall der Baufertigstellungsversicherung gegeben ist), scheinen auf den ersten Blick keine Probleme für den Auftraggeber damit verbunden zu sein, denn

¹⁸⁹ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 2.

¹⁹⁰ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 2-3.

¹⁹¹ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 2-3.

der Bauvertrag wird in diesem Fall zu den alten Vertragskonditionen fortgeführt, so dass prinzipiell auch keine Mehrkosten entstehen (sollten)¹⁹².

(a) Mehrkosten trotz Vertragsfortführung

Ganz risikolos ist dieser Fall allerdings für den Auftraggeber nicht (auch im Hinblick auf den Umfang des Versicherungsschutzes der Baufertigstellungsversicherung):

(i) Kosten für die Feststellung des Bauzustandes

So wird der Auftraggeber bereits vor der Entscheidung des Insolvenzverwalters zur Vertragsfortführung Aufwendungen, insbesondere in Form von Kosten für die Feststellung des Bauzustandes (u.U. zur Bezifferung seiner Schadensersatzforderungen) getätigt haben (was von der Baufertigstellungsversicherung nicht gedeckt ist, da bei Vertragsfortführung der Versicherungsfall nicht gegeben ist (s.u.)).

(ii) Stillstandskosten wegen Schäden am Teilwerk

Ebenso können Stillstandskosten aufgelaufen sein, die ebenfalls mangels Eintritt des Versicherungsfalles nicht erfasst sind (s.u.).

(b) „Wertlose“ Mängelansprüche wegen – aus der Zeit vor der (im Insolvenz(eröffnungs)verfahren erfolgten) Vertragsfortführung verursachter – Mängel: lediglich Insolvenzforderungen (oder aber „werthaltige“ Masseverbindlichkeiten)?

Mangels Versicherungsfall der Baufertigstellungsversicherung bei Vertragsfortführung sind auch nicht Mehrkosten aufgrund Mängelansprüche, insbesondere Mängelbeseitigungskosten des Auftraggebers versichert. Wenn aber im Insolvenzeröffnungsverfahren und auch im eröffneten Insolvenzverfahren der (vorläufige) Insolvenzverwalter den Vertrag erfüllt, stellt sich die Frage, wie die Mängelrechte wegen - schon vor der Vertragsfortführung im Insolvenz(eröffnungs)verfahren - verursachter Mängel zu bewerten sind, namentlich als Masseverbindlichkeiten oder (lediglich) Insolvenzforderungen? Unproblematisch liegt eine Masseverbindlichkeit vor, wenn sich ein Mangel des Bauwerkes auf den Teil der Werkleistung bezieht, den der Insolvenzverwalter im (später) eröffneten Insolvenzverfahren herge-

¹⁹² Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 240.

stellt hat¹⁹³. Diese Mängelansprüche müssen vom Insolvenzverwalter unstreitig als Masseverbindlichkeit befriedigt werden¹⁹⁴, in diesem Fall entstehen dem Auftraggeber keine Mehrkosten. Hingegen ist noch nicht abschließend die Frage geklärt, ob der Auftraggeber nach der Erfüllungswahl vom Insolvenzverwalter auch die Beseitigung solcher Mängel verlangen kann, die aus der Zeit vor dem eröffneten Insolvenzverfahren stammen¹⁹⁵. Insolvenzzurechtlich ist umstritten, ob der Insolvenzverwalter durch seine Erfüllungswahl sämtliche mit dem Bauvertrag zusammenhängende Mängelansprüche in den Rang von Masseverbindlichkeiten i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO erhebt oder nicht¹⁹⁶:

(i) BGH: (wohl) Masseverbindlichkeit

Zunächst entsteht (unstreitig) nach Wahl der Erfüllung des Bauvertrags für den noch nicht ausgeführten Teil der Werkleistung der Erfüllungsanspruch neu¹⁹⁷. Darüber hinaus solle sich nunmehr auch der Anspruch des Auftraggebers auf Beseitigung von Mängeln aus den vorinsolvenzlich erbrachten Leistungen in dem neuen Vertrag fortsetzen, was jedenfalls der BGH in seinem Urteil vom 10.08.2006 - allerdings nur in einem obiter dictum (!) - ausführte¹⁹⁸. Der Auftraggeber könne in diesem Fall nach Erfüllungswahl vom Insolvenzverwalter die Beseitigung auch solcher Mängel verlangen, die aus der Zeit vor der Verfahrenseröffnung stammen, wobei es sich hierbei dann um Masseverbindlichkeiten handle¹⁹⁹. Diese Ansicht wird auch (zum Teil) in der Literatur vertreten, insbesondere von Kreft²⁰⁰: Weise das vom Schuldner vor Verfahrenseröffnung erstellte Teilwerk Mängel auf, sei auch insoweit der Bauvertrag noch nicht erfüllt. Aufgrund seiner Erfüllungswahl müsse der Insolvenzverwalter diese Mängel auf Kosten der Masse beseitigen²⁰¹. Aus wirtschaftlicher Sicht des Auftraggebers ist diese Rechtsansicht für ihn sehr vorteilhaft, denn er ist dann mit diesen Mängelansprüchen nicht auf die Anmeldung zur Tabelle als (einfache) Insolvenzforderung

¹⁹³ Heidland, Der Bauvertrag in der Insolvenz, S. 542.

¹⁹⁴ Wellensiek, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 197.

¹⁹⁵ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 55-66.

¹⁹⁶ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 55-66.

¹⁹⁷ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 240.

¹⁹⁸ BGH NJW 2006, 2919 (2921).

¹⁹⁹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 240.

²⁰⁰ Kreft, in: FS Uhlenbruck, S. 387 (399).

²⁰¹ Kreft, in: FS Uhlenbruck, S. 387 (399).

rungen beschränkt. Damit werden also bei der Erfüllungswahl die schon bestehenden Mängelansprüche zu Masseverbindlichkeiten aufgewertet, indem der Insolvenzverwalter zur Mängelbeseitigung verpflichtet wird.

(ii) a.A.: (lediglich) Insolvenzforderung

Ob sich die e.g. Auffassung, die lediglich als obiter dictum des BGH-Urteils vom 10.08.2006²⁰² „anklinge“²⁰³, durchsetzt, bleibt abzuwarten, zumal in großen Teilen der insolvenzrechtlichen Literatur mit nicht von der Hand zu weisenden Argumenten die Auffassung vertreten wird, dass es sich bei den Mängelrechten des Auftraggebers lediglich um Insolvenzforderungen handeln müsse, da im Wesentlichen ein Verstoß gegen den insolvenzrechtlichen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung vorliege²⁰⁴. Denn der Auftraggeber werde im Gegensatz zu anderen Gläubigern dadurch privilegiert, dass seine Nacherfüllungsansprüche, die im Fall der Erfüllungsablehnung lediglich Insolvenzforderungen wären, im Falle der Erfüllungswahl wieder zu 100 % werthaltig werden, weil der Auftraggeber sie den neu entstandenen Vergütungsforderungen entgegen halten könne. Damit stünde der Auftraggeber bei der Erfüllungswahl besser, als er bei der Fertigstellung durch einen Drittunternehmer stünde²⁰⁵. Außerdem sei die Einstufung als Masseverbindlichkeit nicht mit § 105 InsO vereinbar, denn der Sinn einer teilweisen Erfüllungswahl liege gerade darin, die Masse nicht mit Risiken aus dem vor Eröffnung entstandenen Teilwerk zu belasten²⁰⁶. Zugleich werde dem Insolvenzverwalter die Entscheidung für die Erfüllungswahl erschwert, denn er könne nicht sicher sein, ob nicht der Vergütungsanspruch durch Aufrechnung mit Forderungen beglichen wird, die noch auf dem vorinsolvenzrechtlichen Teil des Vertrages beruhen²⁰⁷. Unter Umständen brächte die o.g. Rechtsauffassung auch unübersehbare Haftungsrisiken für den Insolvenzverwalter mit sich, der schon im Zeitpunkt der Erfüllungswahl nicht zumutbare Prognoseentscheidungen über künftige, aber derzeit

²⁰² BGH NJW 2006, 2919 (2921).

²⁰³ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 240.

²⁰⁴ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 56-66; Heidland, Der Bauvertrag in der Insolvenz, S. 528, 542-544; Wellensiek, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 197; Vogel, Jahrbuch Baurecht 2004, 107 (124).

²⁰⁵ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 56-66; Heidland, Der Bauvertrag in der Insolvenz, S. 528, 542-544; Wellensiek, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 197; Vogel, Jahrbuch Baurecht 2004, 107 (124).

²⁰⁶ Wellensiek, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 197.

²⁰⁷ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 240.

noch nicht erkennbare Mängel zu treffen hätte, und der Insolvenzverwalter möglicherweise durch die Erfüllungswahl die Masse schädigen könne²⁰⁸. Unabhängig von dieser Haftungsfrage wäre die Situation im Falle einer Masseverbindlichkeitsbegründung jedenfalls wirtschaftlich nicht angetan, dem Insolvenzverwalter die Entscheidung für die Erfüllung des Vertrages zu erleichtern, vielmehr stünde sogar die Beeinträchtigung der Chancen im Raum, das Unternehmen fortzuführen²⁰⁹.

(iii) Mögliche Mehrkosten für den Auftraggeber aufgrund e.g. Rechtsunsicherheit

Die Bewertung der Risiken aus Sicht des Auftraggebers aufgrund der e.g. (letztendlich mangels abschließender Entscheidung des Bundesgerichtshofs bestehender) Rechtsunsicherheit, verbunden mit möglichen Mehrkosten, die bei der Erfüllungswahl vom Auftraggeber zu tragen sind und auch von der Baufertigstellungsversicherung mangels Versicherungsfalls nicht gedeckt sind, hängt davon ab, ob man der vom BGH mit Urteil vom 10.08.2006 angedeuteten Auffassung folgt: In diesem Fall sind die Deckungslücken bei der Baufertigstellungsversicherung im Fall der Erfüllungswahl relativ gering, denn der Mängelbeseitigungsanspruch besteht fort²¹⁰. Wählt man aber (gerade als Rechtsberater des Auftraggebers) den in diesem Fall (wohl) „sicheren Weg“, dass jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt die lediglich als obiter dictum geäußerte Auffassung des BGH noch nicht als gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung Anwendung findet, so entstehen dem Auftraggeber deutlich höhere Risiken: Behandelt man nämlich die Erfüllung des Bauvertrages durch den Insolvenzverwalter ebenso wie die Erfüllung durch einen Drittunternehmer, so werden die Mangelanprüche aus der Bauphase bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu bloßen Insolvenzforderungen. Wirtschaftliche Folge ist, dass damit dem Auftraggeber erhebliche Mehrkosten entstehen, die von der Baufertigstellungsversicherung mangels Versicherungsfalls nicht gedeckt sind²¹¹. Diese mangelbedingte einfache Insolvenzforderung ist für den Auftraggeber faktisch wertlos, da sie nur quotal zu befriedigen ist, so dass sich –

²⁰⁸ Wellensiek, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 197.

²⁰⁹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 240.

²¹⁰ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 240.

²¹¹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 240.

nach dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung – auch zulasten des Auftraggebers das klassische Insolvenzrisiko verwirklicht²¹².

c) Vertragsfortführung aus Sicht des vorläufigen Insolvenzverwalters und deren Risiken

i) Vorteile der Vertragsfortführung für den vorläufigen Insolvenzverwalter

Aus Sicht des vorläufigen Verwalters können, wenn auch in der Praxis eher selten, u.a. folgende vertragsbezogene Aspekte für eine Fortführung des Bauvertrages nach Ansicht von Schmitz²¹³ sprechen: „Fairness“ des Auftraggebers in der bisherigen Vertragsabwicklung (z.B. aus seinem Zahlungsverhalten heraus), beherrschbare Komplexität der Baustelle, auskömmlich kalkulierte Preise, erhöhte Zahlungsbereitschaft des Auftraggebers (soweit es um noch nicht beglichene Abschlagsrechnungen für die bereits erbrachte Teilleistung geht, wenn der Auftraggeber erwarten kann, dass der Vertrag bruchlos fortgeführt wird), die Möglichkeit, die Baustelle vollständig oder ganz überwiegend mit eigenem Personal des Auftragnehmers, ggf. unter Inanspruchnahme von vorfinanziertem Insolvenzgeld und mit allenfalls geringem Fremdmaterialeinsatz abzuwickeln, während natürlich bei starker Abhängigkeit von Nachunternehmern und Lieferanten die Risiken deutlich ansteigen) sowie ausreichende Liquidität, um die mit dieser Baustelle verbundenen Kosten verlässlich bezahlen zu können. Weiterhin können nachfolgende „Sonderfaktoren“²¹⁴ die Bereitschaft des vorläufigen Insolvenzverwalters erhöhen, das Risiko der Baustellenfortführung auf sich zu nehmen: Hinreichend konkrete Aussicht, den schuldnerischen Betrieb oder wenigstens Teile mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens übertragen zu können (sog. „übertragende Sanierung“, was wiederum in der Regel davon abhängt, dass der vorläufige Insolvenzverwalter im Eröffnungsverfahren einen gewissen Auftragsbestand aufrecht erhält), bzw. Engagement und Beiträge Dritter (z.B. einer Bank oder eines Kreditversicherers, welche anderenfalls befürchten müssen, aus ihren Bürgschaften, für die sie ggf. keine hinreichen-

²¹² Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 57.

²¹³ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 4.

²¹⁴ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 4.

den insolvenzfesten Rückgriffsicherheiten haben, in großem Umfang erfolgreich von den Bürgschaftsgläubigern bzw. Auftraggebern in Anspruch genommen zu werden)²¹⁵.

ii) Risiken der Vertragsfortführung für den vorläufigen Insolvenzverwalter

Bei der Risikobewertung geht es im Kern für den vorläufigen Insolvenzverwalter (bzw. Auftragnehmer) einerseits und den Auftraggeber andererseits ausschließlich um eine nüchterne Bewertung der absehbaren wirtschaftlichen Folgen, die sich nach einer Entscheidung zur Kooperation in Form der Vertragsfortführung positiver darstellen müssen als nach einer konfrontativen Vorgehensweise in Form der Auftraggeberkündigung oder Verweigerung weiterer Vertragserfüllung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter bzw. Auftragnehmer²¹⁶. Oft gibt es diese notwendige Interessenkongruenz nicht, so dass eine Vertragsfortführung ausscheidet. Außerdem bestehen für den Insolvenzverwalter bei Vertragsfortführung nicht unerhebliche Risiken, insbesondere das oben beschriebene Risiko der Möglichkeit der Begründung von Masseverbindlichkeiten. Darüber hinaus begründet unstreitig ein vorläufiger „starker“ Insolvenzverwalter spätere Massenverbindlichkeiten, deren Nichtbezahlung eine Eigenhaftung des Verwalters nach § 61 InsO begründen kann. Ein weiteres Risiko für den Insolvenzverwalter ist die drohende Kündigung des Auftraggebers (s.u. zu den Kündigungsmöglichkeiten nach BGB und VOB), welche durch eine Weiterarbeit des in Insolvenz geratenen Auftragnehmers nicht ausgeschlossen sein soll²¹⁷. Ein vorläufiger Insolvenzverwalter läuft diesbezüglich bei Vertragsfortführung Gefahr, dass er Gelder und Anstrengungen auf bestimmte Baustellen konzentriert und parallel Verpflichtungen gegenüber zur Weiterarbeit benötigten Dritten eingeht, um dann mit einer - noch näher zu prüfenden, ggf. wirksamen - Kündigung des Auftraggebers konfrontiert zu werden. Um diese Risiken im Fall einer - aus welchen Gründen auch immer angestrebten - Fortführung des Bauvertrages zu minimieren, hat sich in der Praxis die sog. „Restabwicklungsvereinbarung“ als taugliche Alternative eingebürgert, in der im Wesentlichen die rechtlichen und tatsächlichen Eckdaten der Weiterarbeit mit dem Auftraggeber verbindlich festgelegt werden (u.a. auch ein vertraglich vereinbarter Verzicht des Auftraggebers auf seine Kündigungsrech-

²¹⁵ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 4.

²¹⁶ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 4.

²¹⁷ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 10.

te)²¹⁸. Allerdings muss man aus praktischer Sicht letztendlich ernüchternd feststellen, dass ohne Bereitschaft auf beiden Seiten, eine Restabwicklungsvereinbarung abzuschließen, eine Vertragsfortführung ohne jegliche Vereinbarung aus Sicht des (vorläufigen) Insolvenzverwalters äußerst risikobehaftet ist und nur dann für ihn einen Sinn macht, wenn er mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit absehen kann, dass es auch zu einer späteren Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgrund ausreichender Masse kommen wird.

3. Ablehnung der Erfüllung des Bauvertrags durch den vorläufigen Insolvenzverwalter

Aus den e.g. (Haftungs-)Risiken für den Insolvenzverwalter kommt es in der Praxis eher selten zur Fortführung des Bauvertrages, vielmehr lehnt der vorläufige Insolvenzverwalter regelmäßig die Erfüllung des Bauvertrages ab. Daraus resultieren (von der höchstichterlichen Rechtsprechung z.T. noch nicht endgültig geklärte) Folgeprobleme für den Auftraggeber:

4. Kündigung des Bauvertrags durch den Auftraggeber und deren Rechtsfolgen

Aus Sicht des Auftraggebers ist dann zu prüfen, ob dieser selbst aus Eigeninitiative den Bauvertrag kündigen kann und dann auch sollte. Zeitlich gesehen kann der Auftraggeber im Rahmen des Insolvenzeröffnungsverfahrens Kündigungsmöglichkeiten bereits ab gestelltem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Betracht ziehen, dann während des gesamten Insolvenzverfahrens (natürlich auch in der später zu prüfenden Phase des eröffneten Verfahrens) sowie auch als Reaktionsmöglichkeit auf eine Ablehnung der Erfüllung des Bauvertrages durch den vorläufigen Insolvenzverwalter bzw. Auftragnehmer. Diese Kündigungsoptionen sind für den Auftraggeber rechtlich nicht unproblematisch: Das Ergebnis vorwegnehmend, besteht in vielen Fragen kaum Rechtssicherheit, ob der Auftraggeber überhaupt das Recht zur (außerordentlichen) Kündigung im Insolvenzfall des Auftragnehmers hat: Beim BGB-Bauvertrag einerseits fehlen gesetzliche Regelungen für den Insolvenzfall, beim VOB-Bauvertrag andererseits werden die dortigen Kündigungsregelungen (jedenfalls in Teilen der Literatur) kritisch bis hin zur Unwirksamkeit hinterfragt, da höchstichterliche Rechtsprechung nicht selten aussteht:

²¹⁸ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 10.

a) Individualvertraglich vereinbartes Sonderkündigungsrecht für den Insolvenzfall des Auftragnehmers

Prinzipiell bleibt es den Parteien bei Vertragsschluss eines Bauvertrages, egal ob nach BGB oder VOB/B, unbenommen, individualvertraglich ein Sonderkündigungsrecht für den Fall der Insolvenz des Auftragnehmers zu vereinbaren. Insbesondere würde dies gerade bei einem BGB-Bauvertrag (mangels einer § 8 Nr. 2 VOB/B vergleichbaren Regelung im BGB) für eine gewisse Rechtssicherheit sorgen²¹⁹, da sich anderenfalls, was mangels ansprechender individualvertraglicher Regelung regelmäßig in der Praxis der Fall ist, die insolvenzbedingten Kündigungsmöglichkeiten für den Auftraggeber gerade beim BGB-Bauvertrag als äußerst schwierig, wenn nicht gar als unmöglich gestalten:

b) Kündigungsrechte im Insolvenzfall des Auftragnehmers nach BGB

Im Insolvenzfall des Auftragnehmers und bei einem Bauvertrag nach BGB wird der Auftraggeber prüfen, ob er entweder (jedenfalls theoretisch) sein freies Kündigungsrecht nach § 649 S. 1 BGB mit dessen problematischen Rechtsfolgen (s.u.) ausübt, oder aber versucht, außerordentlich zu kündigen:

i) Freie Kündigung nach § 649 BGB und deren Rechtsfolgen**(a) § 649 S. 1 BGB**

Nach § 649 S. 1 BGB kann der Auftraggeber den Bauvertrag jederzeit kündigen. Dieses sog. freie Kündigungsrecht spielt in der Praxis kaum eine Rolle, da es für den Auftraggeber „nicht attraktiv“²²⁰ ist, denn er muss dem Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung – abzüglich dessen ersparten Aufwendungen und dessen anderweitig erzielten und erzielbaren Verdienstes – weiter bezahlen²²¹. Damit wird der Auftragnehmer formal durch eine freie Kündigung so gestellt, als wäre der Vertrag durchgeführt worden, er selbst solle durch die Kündigung keine Vor- und auch keine Nachteile erfahren²²². Unabhängig von der insolvenzrechtlichen Lage liegt es auf der Hand, dass der Auftraggeber nur im persönlichen

²¹⁹ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 2; Lachmann/Nieberding, Insolvenz am Bau, S. 211.

²²⁰ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 12.

²²¹ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 12.

²²² Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, S. 360.

Notfall von diesem freien Kündigungsrecht Gebrauch macht, verliert er doch seinen Anspruch auf die Leistung, obwohl er den Auftragnehmer bezahlen muss²²³, was Nachfolgendes zeigt:

(b) Rechtsfolgen aus § 649 S. 2 BGB

Nach § 649 S. 2 BGB kann der Auftragnehmer nach Kündigung vom Auftraggeber die vereinbarte Vergütung verlangen; dabei muss er sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

(i) Abrechnung nach freier Kündigung unter Berücksichtigung ersparter Aufwendungen und anderweitigem Erwerb

Erspart anzurechnen sind nach § 649 S. 2 Alt. 1 BGB die Aufwendungen, die der Auftragnehmer bei Ausführung des Vertrages hätte machen müssen und die er wegen der Kündigung nicht mehr machen muss. Es handelt sich zwangsläufig um die Aufwendungen, die für den gekündigten Teil des Vertrages anfallen²²⁴. Dabei ist auf die Nichtausführung des konkreten Vertrages abzustellen. Maßgeblich sind die Aufwendungen, die sich nach den Vertragsunterlagen unter Berücksichtigung der Kalkulation ergeben²²⁵. Dabei kommt es nach der in der Praxis anzuwendenden Rechtsprechung des BGH nicht auf die kalkulierte Ersparnis, sondern auf die tatsächlichen Kosten an²²⁶. Grundlage dieser Rechtsprechung ist das Postulat, dass dem Auftragnehmer die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäftes erhalten bleiben soll und er weder Vor- noch Nachteile durch die Kündigung haben soll²²⁷. Deshalb zielt die Rechtsprechung auf die tatsächlichen Ersparnisse ab, es ist demnach zu prüfen, wie die wirtschaftliche Entwicklung gewesen wäre, wenn der Vertrag durchgeführt worden wäre²²⁸. Zu den ersparten und damit anzurechnenden Aufwendungen zählen in der

²²³ Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, S. 360.

²²⁴ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 649 Rdnr. 77.

²²⁵ BGH BauR 1996, 382.

²²⁶ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 649 Rdnr. 77; BGH NJW 1999, 3261.

²²⁷ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 649 Rdnr. 77.

²²⁸ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 649 Rdnr. 77.

Regel²²⁹: Materialkosten, Baustellengemeinkosten bei Verkürzung der kalkulierten Bauzeit, baustellenbezogene Lohn- und Personalkosten (soweit sie nach der Kündigung nicht mehr anfallen), ein vom Auftragnehmer kalkulierter Risikozuschlag (wenn bis zur Kündigung lediglich Vorbereitungsmaßnahmen getroffen und damit noch keine Teilleistungen erbracht wurden, damit sich das Risiko nicht verwirklichen konnte), Nachunternehmerkosten etc.²³⁰. Hingegen zählen zu den nicht ersparten Aufwendungen und damit vom kündigenden Auftraggeber zu tragende Kosten in der Regel²³¹: Allgemeine Geschäftskosten²³², Baustelleneinrichtungs- und Baustellenräumungskosten, Material- und Gerätekosten (sofern laufende Kosten weiter anfallen)²³³, projektbezogene Finanzierungs-, Verpackungs- sowie Transportkosten (sofern sie aufgrund der Kündigung weiter anfallen)²³⁴ etc.. Aus Sicht des Auftraggebers ist insbesondere zu bedenken, dass gerade der Gewinn des Auftragnehmers als nicht erspart gilt²³⁵, da der Gewinn keine Kosten bzw. Aufwendungen darstellt. Vielmehr kann der Auftragnehmer stets den Betrag vom Auftraggeber verlangen, der von der vereinbarten Vergütung nach Abzug der ersparten Kosten übrig bleibt, dies sei eben sein Gewinn, weshalb der Anspruch aus § 649 S. 2 BGB (ebenso wie aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B) auch häufig (verkürzt) als „Anspruch auf entgangenen Gewinn“ bezeichnet wird²³⁶. Neben der Ersparnis muss der Auftragnehmer angeben, welchen anderweitigen Erwerb er hatte (§ 649 S. 2 Alt. 2 BGB). Er muss sich also dazu äußern, ob und ggf. wie durch einen anderen Auftrag die kalkulierten Kosten gedeckt worden sind²³⁷. Die Abarbeitung anderer Aufträge mit den infolge der Kündigung nicht eingesetzten Produktionsfaktoren bedeutet nicht von vornherein anderweitigen Erwerb im Sinne des § 649 S. 2 Alt. 2 BGB. Vielmehr muss es sich um solche Aufträge handeln, die als Ersatz für den gekündigten Auftrag angenommen worden sind (sog. Füllaufträge)²³⁸. Liegt anderweitiger Erwerb vor, muss dieser auf der

²²⁹ Werner/Pastor, Der Bauprozess, S. 697-698.

²³⁰ Werner/Pastor, Der Bauprozess, S. 697-698.

²³¹ Werner/Pastor, Der Bauprozess, S. 698.

²³² BGH BauR 2000, 126 (128); BGH BauR 1999, 642.

²³³ Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, S. 450.

²³⁴ Werner/Pastor, Der Bauprozess, S. 698.

²³⁵ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 649 Rdnr. 90.

²³⁶ Ingenstau/Korbion/Vygen, § 8 Nr. 1 VOB/B Rdnr. 51.

²³⁷ Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, S. 459.

²³⁸ Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, S. 451.

Grundlage der Vertragskalkulation beziffert werden, wobei die zu den ersparten Aufwendungen entwickelten o.g. Grundsätze gelten²³⁹.

(ii) Pauschalierte Vergütungsklausel

Gerade um diese in rechtlicher, aber auch tatsächlicher Hinsicht oft umstrittene Abrechnung nach § 649 S. 2 BGB zu vermeiden, finden sich regelmäßig in den vom Auftragnehmer gestellten Bauverträgen Klauseln, welche die Abrechnung nach Kündigung regeln. In aller Regel enthalten diese Klauseln das Recht des Auftragnehmers, die erbrachten Leistungen abzurechnen²⁴⁰. Das ist nicht zu beanstanden, solange die Vertragsklausel nicht versucht, für diese Leistungen einen von dem vertraglichen Preisgefüge abweichenden Preis einzuführen²⁴¹. Weiterhin versuchen Auftragnehmer mit diesen Klauseln, die Vergütung oder die Ersparnis nach einer Kündigung zu pauschalieren. Dies ist grundsätzlich zulässig²⁴². Die Klausel darf jedoch zu keiner (AGB-rechtlich) unangemessenen Benachteiligung des Auftraggebers führen (beispielsweise sind Klauseln, nach denen nur die Ersparnis abgezogen werden soll, nicht jedoch anderweitiger Erwerb, unwirksam²⁴³). Die Vergütungspauschale bei einer vorzeitigen Vertragskündigung darf nicht von vornherein unangemessen hoch sein. Das hat der BGH für eine Vergütungspauschale von 5 % der Vertragssumme bei Kündigung eines Fertighausvertrages vor Vertragsausführung verneint²⁴⁴, bei 7,5 % nicht beanstandet²⁴⁵, ebenso wenig eine Pauschale von 10 %²⁴⁶: Diese Pauschale übersteige nicht die bereits bei Vertragsschluss entstehenden allgemeinen Verwaltungsaufwendungen, die Provision des Vermittlungs- und Abschlussvertreters sowie die möglichen anteiligen Vorhaltekosten für eine serienmäßige Konstruktion und Herstellung von Fertighäusern einschließlich des Vertriebssystems, die allesamt keine ausgleichspflichtigen Vorteile begründeten, zuzüglich des zu berücksichtigenden Gewinns²⁴⁷. Allerdings sei nach Ansicht

²³⁹ Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, S. 452.

²⁴⁰ Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, S. 457.

²⁴¹ BGH BauR 1999, 1294.

²⁴² Kniffka, Bauvertragsrecht, § 649 Rdnr. 107.

²⁴³ BGH BauR 1997, 157; BGH BauR 1999, 167; BGH BauR 1998, 866.

²⁴⁴ BGH BauR 1983, 266.

²⁴⁵ BGH BauR 2000, 1195.

²⁴⁶ BGH BauR 2006, 1131.

²⁴⁷ BGH BauR 2006, 1131.

des BGH eine Pauschale von 18 % „äußerst zweifelhaft“²⁴⁸. Im übrigen sieht der Gesetzesentwurf zum Forderungssicherungsgesetz²⁴⁹ eine Ergänzung von § 649 (S. 3) BGB n.F. um die Vermutung einer Entschädigungshöhe für den Auftragnehmer bei Kündigung durch den Auftraggeber dahingehend vor, dass dem Auftragnehmer 5 % der vereinbarten, noch nicht verdienten Vergütung pauschaliert zustehen sollen, wobei dem Auftraggeber das Recht zum Gegenbeweis eingeräumt sein soll²⁵⁰. Durch diese Pauschalierung soll die in der Praxis bestehende Schwierigkeit aus Sicht des Auftragnehmers gelöst werden, seinen verbleibenden Vergütungsanspruch zu beweisen, zumal die o.g. pauschalierten Vergütungsklauseln regelmäßig einer AGB-rechtlichen, für den Auftragnehmer als Verwender nicht risikolosen Prüfung unterzogen werden. Gleichzeitig würde auch aus Sicht des Auftraggebers durch die Neufassung eines § 649 S. 3 BGB n.F. eine gewisse Rechtsklarheit bezüglich seines dann jedenfalls zahlenmäßig kalkulierbaren Risikos bei einer freien Kündigung nach § 649 S. 1 BGB geschaffen werden.

ii) Außerordentliches insolvenzbedingtes Kündigungsrecht des Auftraggebers nach BGB?

Ist individualvertraglich im BGB-Bauvertrag kein ausdrückliches insolvenzbedingtes Sonderkündigungsrecht des Auftraggebers für den Fall der Insolvenz des Auftragnehmers vereinbart worden und möchte sich der Auftraggeber, was regelmäßig der Fall ist, nicht dem Vergütungsrisiko der eben beschriebenen freien Kündigung aussetzen, so wäre – im Ergebnis aber verneinend – die Möglichkeit einer außerordentlichen insolvenzbedingten Kündigung in Betracht zu ziehen:

(a) Bejahend (für Architektenvertrag nach BGB): OLG Frankfurt

Das OLG Frankfurt hat (allerdings) für einen Architekten- bzw. Ingenieurvertrag nach BGB entschieden, dass bei Konkurs-/Insolvenzeröffnung über das Vermögen eines Bauingenieurs ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung jedenfalls dann gegeben sei, wenn dadurch die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den Auftraggeber unzumutbar

²⁴⁸ BGH BauR 1985, 79 (82).

²⁴⁹ Gesetzesentwurf Bundesrat vom 02.02.2006, Drucksache 16/511.

²⁵⁰ Wirth/Müller, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 2301-2302.

werde²⁵¹. Jedoch betrifft diese Entscheidung weder die hier im Raum stehende Frage der Kündbarkeit eines BGB-Bauvertrages aus wichtigem Grund noch die Frage der rechtlichen Möglichkeit einer solchen Kündigung bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, nachdem sich o.g. Rechtsfrage erst im eröffneten (damals noch) Konkursverfahren stellte.

(b) Verneinend: überwiegende Literatur

Eine Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf den BGB-Bauvertrag wird aber in der Literatur mit überzeugenden Argumenten abgelehnt²⁵²: Im Gegensatz zur ausdrücklichen Regelung in § 8 Nr. 2 VOB/B ließe sich dem BGB keinen Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass allein ein Insolvenzantrag bzw. bereits die materielle Insolvenz des Auftragnehmers eine sofortige Vertragsbeendigung durch den Auftraggeber rechtfertige. Ebenso wenig sei die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Regelung im gesetzlichen Werkvertragsrecht ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung²⁵³.

iii) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis, welches auch nachfolgenden Überlegungen zugrunde gelegt werden wird, ist bezüglich eines BGB-Bauvertrags festzuhalten, dass der Auftraggeber - außer der Möglichkeit der freien Kündigung nach § 649 S. 1 BGB - keine rechtlichen Möglichkeiten hat, wegen Insolvenz des Auftragnehmers den BGB-Bauvertrag zu kündigen, und zwar weder zum Zeitpunkt des Insolvenzeröffnungsverfahrens noch im dann eröffneten Verfahren.

c) Kündigungsrechte im Insolvenzfall des Auftragnehmers nach VOB/B

Haben die Parteien die Anwendbarkeit der VOB/B vereinbart, stehen dem Auftraggeber im Insolvenzeröffnungsverfahren – sofern (AGB-rechtlich) wirksam (s.u.) – folgende Kündigungsoptionen zur Verfügung:

i) Freie Kündigung nach § 8 Nr. 1 VOB/B und deren Rechtsfolgen

²⁵¹ OLG Frankfurt IBR 2003, 32, wobei allerdings der BGH mit Beschluss vom 11.07.2002, VII ZR 251/01, die Revision nicht angenommen hat.

²⁵² Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 21-22.

²⁵³ Heidland, Der Bauvertrag in der Insolvenz, S. 507.

§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B gewährt genauso wie § 649 S. 1 BGB dem Auftraggeber das Recht, bis zur Vollendung der Leistung jederzeit den Vertrag zu kündigen mit der gleichen Rechtsfolge nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B i.V.m. § 649 S. 2 BGB, dass dem Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung unter Anrechnung seiner Kostenersparnis bzw. anderweitigen Erwerbs zusteht; insoweit kann auf das oben zu § 649 BGB Gesagte verwiesen werden. Insofern gilt auch hier im Ergebnis, dass aus Sicht des Auftraggebers im Insolvenzverfahren diese freie Kündigung ebenso wenig attraktiv ist, da der Auftraggeber dem Auftragnehmer bzw. der Masse die vereinbarte Vergütung grundsätzlich in vollem Umfang (abzüglich ersparter Aufwendungen bzw. anderweitigem Erwerbs) zu bezahlen hat. Diesem e.g. Umstand versuchen die Kündigungsmöglichkeiten des Auftraggebers wegen Vermögensverfalls des Auftragnehmers gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B Rechnung zu tragen:

ii) Außerordentliche Kündigungsrechte im Insolvenzfall nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 1, 2 und 4 VOB/B

(a) 3 Alternativen im Insolvenzeröffnungsverfahren

Nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B kann bei Vermögensverfall des Auftragnehmers der Auftraggeber in der Phase des Eröffnungsverfahrens den VOB-Bauvertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt (Alt. 1), vom Auftragnehmer oder zulässigerweise vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger das Insolvenzverfahren (§ 14 und 15 InsO) bzw. ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt ist (Alt. 2) oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt wird (Alt. 4).

(b) Wirksamkeit des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B bei AGB-rechtlicher Inhaltskontrolle nach § 307 BGB?

Grundsätzlich ist auch die Regelung in § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B unter den Gesichtspunkten einer AGB-rechtlich orientierten, isolierten Inhaltskontrolle nach § 307 BGB zu betrachten, zumal diese Frage noch nicht endgültig höchstrichterlich vom BGH entschieden ist²⁵⁴ und damit für den Auftraggeber ein – (jedenfalls derzeit noch) relativ geringes – Risiko besteht, dass er andernfalls im Falle einer generellen Unwirksamkeit der Kündigungsre-

²⁵⁴ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 16.

gelung in § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B im Insolvenzeröffnungsverfahren bzw. eröffneten Verfahren gar nicht die Rechtsmöglichkeit hätte, aus diesen Gründen den VOB-Bauvertrag kündigen zu dürfen. Gravierende Rechtsfolge wäre auch hier, dass dann der Auftraggeber ausschließlich auf die freie Kündigung nach § 8 Abs. 1 VOB/B verwiesen wäre, mit der für ihn nicht gewollten Rechtsfolge der grundsätzlichen Vergütungspflicht an den Auftragnehmer bzw. an die Masse.

(i) Verneinend: (noch vereinzelte) Literatur

Nach (noch) einzelnen Literaturstimmen²⁵⁵ könne keinesfalls mehr davon ausgegangen werden, dass § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B AGB-rechtlich unproblematisch sei. Im Hinblick auf die gravierenden Rechtsfolgen einer auf § 8 Nr. 2 VOB/B gestützten Kündigung sowie unter Berücksichtigung des in der Insolvenzordnung normierten, vorrangigen Interesses des Insolvenzverwalters sei es vielmehr „zweifelhaft“²⁵⁶, dass diese den Schuldner bzw. den Insolvenzverwalter als späteren Vertragspartner benachteiligende Kündigungsregelung durch andere Regelungen in der VOB/B ausgeglichen werde.

(ii) Bejahend: Rechtsprechung zur KO und (herrschende) Literatur

Demgegenüber führt die überwiegend, noch als herrschend zu bezeichnende Literatur²⁵⁷ unter Verweis auf die speziell dazu ergangene OLG-Rechtsprechung²⁵⁸ und schlussendlich unter überzeugendem Hinweis auf die BGH-Entscheidung vom 20.09.1985²⁵⁹ zu § 17 KO und damit als Vorläufer von § 103 InsO aus, dass trotz des Wortlauts des § 119 InsO und des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO das Kündigungsrecht des Auftraggebers für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Auftragnehmers nicht ausgeschlossen sei, weil der Insolvenzverwalter den Vertrag in dem rechtlichen Bestand hinnehmen müsse, in dem er sich im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens befindet²⁶⁰. Des Weiteren seien die persönlichen Eigenschaften des Auftragnehmers (wie Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) gerade im Baurecht

²⁵⁵ Koenen, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 207-208.

²⁵⁶ Koenen, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 207-208.

²⁵⁷ Heiermann/Riedel/Rusam/Riedel, S. 1014; Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 13.

²⁵⁸ OLG Düsseldorf BauR 1982, 166; OLG Celle ZIP 1985, 1013.

²⁵⁹ BGH BauR 1986, 236.

für den Auftraggeber von so großer Bedeutung, dass ihn schon deshalb eine Fortsetzung des Vertrages mit dem Insolvenzverwalter entgegen seines Willens nicht zuzumuten sei²⁶¹. Auch aus Wertungsgesichtspunkten stünde fest, dass der grundlegende Vermögensverfall des Auftragnehmers ein gravierender, vom ihm zu vertretender Negativumstand sei, der die vertraglichen Ansprüche des Auftraggebers erheblich gefährde und diesen zur fristlosen Kündigung mit den für solche Kündigungen typischen Rechtsfolgen berechtige²⁶². Allerdings wird kritisch angemerkt, dass diese Folgerung – wie das Fehlen einer entsprechenden gesetzlichen Regelung zeige – „nicht zwingend, aber gut vertretbar sei“²⁶³. Wie sich gerade in der e.g. Literaturstimme²⁶⁴ andeutet, bleibt sicherlich für den Auftraggeber ein gewisses Restrisiko bestehen: Wählt er die Kündigungsmöglichkeit nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B, kann sich in einer (gerichtlichen) Auseinandersetzung u.U. der Auftragnehmer bzw. der (vorläufige) Insolvenzverwalter auf eine vermeintliche Unwirksamkeit nach § 307 BGB berufen, mit der aus Sicht des Auftraggebers äußerst riskanten Rechtsfolge einer Vergütungspflicht aus einer – sich ggf. durch Auslegung bzw. Umdeutung ergebenden – freien Kündigung nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 und Abs. 2 VOB/B (s.u. zur Gesamtbewertung dieses Problems).

(c) Wirksamkeit des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B nach § 119 InsO?

Ein von der (jedenfalls neueren) Rechtsprechung des BGH noch nicht endgültig geklärtes Problem ist die Frage der Wirksamkeit sämtlicher 4 Kündigungsalternativen des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B nach § 119 InsO, wonach Vereinbarungen unwirksam sind, durch die im Voraus die Anwendung der §§ 103 bis 118 InsO ausgeschlossen oder beschränkt wird.

(i) Problemstellung

Bereits in der Konkursordnung war höchst umstritten, ob das Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 2 VOB/B gegenüber dem Wahlrecht des Konkursverwalters aus § 17 KO Bestand

²⁶⁰ Heiermann/Riedel/Rusam/Riedel, S. 1014.

²⁶¹ BGH BauR 1986, 336.

²⁶² OLG Düsseldorf BauR 1982, 166; OLG Celle ZIP 1985, 1013 (Vorinstanz zu BGH BauR 1986, 91).

²⁶³ Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 13.

²⁶⁴ Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 13.

haben könne²⁶⁵. So hatte sich damals das Landgericht Aachen gegen die Rechtswirksamkeit des § 8 Nr. 2 VOB/B ausgesprochen und unter Verweis auf das Prinzip der Gleichbehandlung aller Konkursgläubiger die Auffassung vertreten, eine Beschränkung des Wahlrechts des Konkursverwalters sei mit der Konkursordnung nicht vereinbar²⁶⁶. Hingegen hatte der 7. Zivilsenat des BGH mit Urteil vom 26.09.1985²⁶⁷ § 8 Nr. 2 VOB/B für wirksam erklärt, da diese Norm schon deshalb nicht mit § 17 KO kollidieren könne, weil § 8 Nr. 2 VOB/B das Kündigungsrecht des Auftraggebers nicht erweitere, sondern lediglich eine Regelung über die Rechtsfolgen einer Kündigung treffe, da nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B der Auftraggeber den Bauvertrag jederzeit kündigen könne²⁶⁸. Der BGH ließ in dieser Entscheidung sogar eine Kündigung nach der Eröffnung des Konkursverfahrens und der Erfüllungswahl des Konkursverwalters zu und rechtfertigte dies damit, es gäbe keine Bestimmung, die es dem späteren Gemeinschuldner und dessen Vertragspartner untersage, eine Vereinbarung zu treffen, wonach dem Auftraggeber im Falle des Konkurses des Auftragnehmers ein Kündigungsrecht und damit verbundene Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung des restlichen Auftrags zustehen sollten²⁶⁹. Außerdem verstoße der Auftraggeber mit der Geltendmachung seiner Rechte nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, denn § 8 Nr. 2 VOB/B trage v.a. der Tatsache Rechnung, dass ein Bauvertrag ein gewisses Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer voraussetze, die Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Auftragnehmers bei der Auftragsvergabe von wesentlicher Bedeutung sei und schließlich dieses Vertrauensverhältnis durch den Vermögensverfall und gerade durch den Konkurs des Auftragnehmers so gut wie immer erschüttert werde; mithin entspreche § 8 Nr. 2 VOB/B den schutzwürdigen Belangen des Auftraggebers und damit einem praktischen Bedürfnis²⁷⁰. Mit Einführung der Insolvenzordnung im Jahre 1999 war zunächst nur von Seiten der insolvenzrechtlichen Literatur zu vernehmen gewesen, dass vertragliche Lösungsklauseln durch die (neue) Insolvenzordnung nicht mehr zugelassen würden²⁷¹. In jüngerer Zeit sind nun auch Stimmen aus der bau-

²⁶⁵ Koenen, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 204-207.

²⁶⁶ LG Aachen BauR 1977, 150.

²⁶⁷ BGH BauR 1986, 336.

²⁶⁸ BGH BauR 1986, 336.

²⁶⁹ BGH BauR 1986, 91.

²⁷⁰ BGH BauR 1986, 91; Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 8.

²⁷¹ Heidelberger Kommentar/Marotzke, § 119 Rdnr. 3-4.

rechtlichen Literatur aufgekommen, die § 8 Nr. 2 VOB/B unter Verweis auf Sinn und Zweck des § 119 InsO für unwirksam halten, da Zweck des § 119 InsO sei, dem Insolvenzverwalter die uneingeschränkte Möglichkeit der Überprüfung einzuräumen, ob der Fortbestand eines Vertrages für die Sanierung des Insolvenzschuldners notwendig ist oder nicht²⁷². Als flankierende Regelung zu §§ 103 bis 118 InsO bezwecke § 119 InsO, den Insolvenzverwalter in die Lage zu versetzen, die Insolvenzmasse anzureichern und den Einfluss Dritter auf die Masse auszuschließen²⁷³.

(ii) Folgeprobleme der (Un-)Wirksamkeit nach § 119 InsO

Bei Bejahung der Wirksamkeit des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B sind die ausgeführten Leistungen nach § 8 Nr. 2 Abs. 2 S. 1 VOB/B i.V.m. § 6 Nr. 5 VOB/B abzurechnen. Nur die bis zum Zugang der Kündigung tatsächlich ausgeführte Leistung (Teilwerk) kann - vorbehaltlich erfolgreicher Aufrechnung des Auftraggebers mit Gegenforderungen - dem Auftragnehmer bzw. dessen Insolvenzverwalter einen Vergütungsanspruch gegen den Auftraggeber geben²⁷⁴. In diesem Fall entstehen dem Auftraggeber nahezu keine Mehrkosten. Hingegen könnten dem Auftraggeber erhebliche Mehrkosten im Falle einer unterstellten Unwirksamkeit bestimmter Kündigungsmöglichkeiten aus § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B dadurch entstehen, dass dann eine nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B erklärte Kündigung, ggf. nach Auslegung bzw. Umdeutung als freie Kündigung i.S.v. § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B mit den für den Auftraggeber ungünstigen Rechtsfolgen aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B (s.o.) gewertet werden würde, bzw. als weitere Rechtsfolge dieser Rechtsansicht dem Auftraggeber auch nur diese Kündigungsmöglichkeit nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B verbliebe. In diesem Fall entstünden dem Auftraggeber Mehrkosten dadurch, dass er u.a. nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B (bzw. § 649 S. 2 BGB) dem Auftragnehmer bzw. dem Insolvenzverwalter als Masseverbindlichkeit (neben den Allgemeinen Geschäftskosten etc.) v.a. den Gewinn, ggf. AGB-rechtlich pauschaliert in einer Größenordnung von 5-10 % bezahlen müsste (s.o.). Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend bezüglich jeder einzelnen Alternative des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B untersucht und darauf abgestellt werden, ob der Anwendungsbereich des § 119 InsO - so einige Stimmen in der Literatur - eröffnet ist, oder aber – insoweit das Er-

²⁷² Koenen, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 205.

²⁷³ Koenen, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 205.

²⁷⁴ Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 26.

gebnis vorwegnehmend - mit weiterhin gut vertretbaren Argumenten, insbesondere auf der Basis des grundlegenden Urteils des Bundesgerichtshofs vom 26.09.1985²⁷⁵ von der jeweiligen Vereinbarkeit der entsprechenden Alternative des § 8 Nr. 2 VOB/B mit § 119 InsO ausgegangen werden kann:

(d) Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 1 VOB/B wegen Zahlungseinstellung des Auftragnehmers

(i) Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 1 VOB/B kann der Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt. Die Zahlungseinstellung ist i.S.v. § 17 Abs. 2 S. 2 InsO (s.o.) zu verstehen. In praktisch eher seltenen Fällen kommt es in Betracht, dass der Auftraggeber von Umständen zeitnah erfährt, die eindeutig den Schluss zulassen, dass der Auftragnehmer seine Zahlung eingestellt hat. Wie unterschiedlich dies aber bewertet wird, zeigen nachfolgende unterschiedliche Urteile des 18. Senats des OLG Köln²⁷⁶ (das Kündigungsrecht bejahend) sowie des 11. Senats des OLG Köln²⁷⁷ (das Kündigungsrecht verneinend): Eine Zahlungseinstellung sei nach dem 18. Senat dann zu bejahen, wenn der Auftragnehmer die eidesstattliche Versicherung abgegeben habe und mehrere Gläubiger wegen erheblicher Forderungen die Zwangsversteigerung seines Betriebsgrundstücks und Wohnhauses betrieben²⁷⁸. Dagegen reiche es nach Ansicht des 11. Senats nicht aus, wenn der Auftragnehmer zweimal die eidesstattliche Versicherung abgegeben hat und gegen sich Haftbefehl ergehen ließe²⁷⁹. In der Praxis gestaltet sich deshalb aus Sicht des Auftraggebers eine ausschließlich auf diese Alt. 1 gestützte Kündigung äußerst schwierig (verbunden mit dem Risiko der Unwirksamkeit seiner Kündigung): Nachdem der Auftraggeber die wirtschaftlichen Interna des Auftragnehmer regelmäßig nicht kennt, ist es ihm meist nicht möglich (was aber für die Wirksamkeit der Kündigung Voraussetzung ist), verlässlich ex ante zu beurteilen, ob der Auftragnehmer die Zahlungen eingestellt hat; diese Voraussetzungen müssen unverzichtbar vorliegen, damit eine ausschließlich auf dieser Alt. 1 basie-

²⁷⁵ BGH BauR 1986, 336.

²⁷⁶ OLG Köln (18. Senat) BauR 1996, 257.

²⁷⁷ OLG Köln (11. Senat) BauR 2006, 1903 (1904).

²⁷⁸ OLG Köln (18. Senat) BauR 1996, 257.

rende Kündigung auch einer späteren gerichtlichen Überprüfung standhalten kann²⁸⁰. Insofern soll diesem Kündigungsrecht in der Alt. 1 primär die Funktion zukommen, ex post eine auf anderer Grundlage ausgesprochene außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, weil der Auftraggeber dann (z.B. im eröffneten Insolvenzverfahren) mehr Informationen erhalten hat als im ex-ante-Zeitpunkt²⁸¹. Im Ergebnis ist aus hiesiger Sicht wegen des Erfordernisses einer vor Gericht standhaltenden, ex-ante-Betrachtung dem Auftraggeber eine Kündigung allein auf der Grundlage des § 8 Nr. 2 Alt. 1 VOB/B nicht als ein „sicherer Weg“ zu empfehlen.

(ii) Wirksamkeit nach § 119 InsO?

Bezogen auf die Alt. 1 (und auch auf die Alt. 4, s.u.) des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B wird nach ganz überwiegender Meinung eine Vereinbarkeit dieser Norm mit § 119 InsO angenommen²⁸². Da für den Zeitraum vor Antragstellung keine Beschlagwirkung stattfindet, so dass die Masse gegen Vermögensminderungen durch den Zugriff einzelner Gläubiger grundsätzlich nicht geschützt sei, könnten auch angesichts der strikten Antragsbindung des Insolvenzverfahrens die Normen der Insolvenzordnung und damit auch § 119 InsO nicht vor der Antragstellung zur Anwendung kommen²⁸³. Vor der Antragstellung ist deshalb eine insolvenzabhängige Vertragsauflösung grundsätzlich zulässig, so dass auch gegen die Alt. 1 insoweit keine Bedenken erhoben werden können, wenn der Auftraggeber vor Antragstellung aus Gründen materieller Insolvenz kündigt; dies ist insolvenzrechtlich nicht zu beanstanden²⁸⁴.

(e) Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 4 VOB/B wegen Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse

Gleiches, d.h. keine insolvenzrechtliche Beanstandung gelte auch in Bezug auf den letzten in § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B erwähnten außerordentlichen Kündigungsgrund „der Ableh-

²⁷⁹ OLG Köln (11. Senat) BauR 2006, 1903 (1904).

²⁸⁰ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 15.

²⁸¹ Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 16-17.

²⁸² Koenen, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 205; Kapellmann/Messerschmidt/Lederer, § 8 VOB/B Rdnr. 64.

²⁸³ Kapellmann/Messerschmidt/Lederer, § 8 VOB/B Rdnr. 64.

²⁸⁴ Koenen, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 205; Kapellmann/Messerschmidt/Lederer, § 8 VOB/B Rdnr. 64.

nung der Verfahrensöffnung mangels Masse“²⁸⁵. Nach Ablehnung der Verfahrenseröffnung oder nach Verfahrenseinstellung komme die Insolvenzordnung nicht mehr zur Anwendung, so dass ein Schutz des Erfüllungswahlrechts des Insolvenzverwalters nicht mehr erforderlich sei²⁸⁶.

(f) (Streitiges) Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 2 VOB/B wegen Insolvenzantragstellung

Da die Verbotswirkung des § 119 InsO auf das Eröffnungs- und das eröffnete Insolvenzverfahren ausschließlich beschränkt ist, stellt sich die Unwirksamkeitsfrage lediglich noch wegen der Kündigungsgründe der Alt. 2 (Insolvenzantragstellung) sowie der Alt. 3 (Eröffnung des Insolvenzverfahrens, s.u.):

(i) Tatbestandsvoraussetzungen

Der Auftraggeber hat weiterhin ein – in seiner Wirksamkeit nach § 119 InsO in der Literatur umstrittenes – Kündigungsrecht gem. der Alt. 2 des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B, wenn vom Auftragnehmer (erste Variante) oder zulässigerweise vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger (zweite Variante) das Insolvenzverfahren (§§ 14 und 15 InsO) bzw. ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt ist. In der ersten Variante wird ein Eigeninsolvenzantrag des Auftragnehmers, also bei juristischen Personen des zuständigen Organs, vorausgesetzt. Dies bereitet dem Auftraggeber in der zeitnahen Überprüfung (Pressebeurichterstattung, Nachfragen beim Insolvenzgericht bzw. den Kontaktpersonen beim Auftragnehmer etc.) regelmäßig keine Schwierigkeiten, weswegen in der Praxis Auftraggeber den Bauvertrag regelmäßig auf der Grundlage dieses Tatbestands kündigen²⁸⁷. Die zweite Variante stellt auf einen „zulässigerweise“ vom Auftraggeber oder von einem anderen Gläubiger gestellten Insolvenzantrag ab. Es müssen daher die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 InsO erfüllt sein: Der antragstellende Gläubiger muss seine Forderung und den Eröffnungsgrund glaubhaft machen sowie ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens haben. Das rechtliche Interesse ist regelmäßig anzunehmen, wenn

²⁸⁵ Kapellmann/Messerschmidt/Lederer, § 8 VOB/B Rdnr. 64.

²⁸⁶ Kapellmann/Messerschmidt/Lederer, § 8 VOB/B Rdnr. 64.

²⁸⁷ Ingnstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 18.

dem Gläubiger eine Forderung zusteht und er einen Eröffnungsgrund glaubhaft macht²⁸⁸. Zwar muss die Forderung nicht titulierte sein, doch muss der Gläubiger sie schlüssig darlegen und darüber hinaus mit präsenten Beweismitteln nach § 4 InsO i.V.m. 294 ZPO glaubhaft machen. Bestreitet der Schuldner die (nicht titulierte) Forderung und ergeben sich ernsthafte Zweifel an deren Bestand, dient das Insolvenzeröffnungsverfahren nicht dazu, den Bestand rechtlich zweifelhafter Forderungen zu klären²⁸⁹. Daneben muss der Gläubiger als Antragsteller auch den Eröffnungsgrund, regelmäßig also die Zahlungsunfähigkeit (wie bereits in der Alt. 1 nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B, s.o.) glaubhaft machen, im Übrigen kann nur in absoluten Ausnahmefällen der Gläubiger zur Überschuldung i.S.v. § 19 InsO Vortrag leisten. Angesichts dieser hohen Hürden scheidet es regelmäßig aus, dass der Auftraggeber wegen einer für ihn unbefriedigenden Bauvertragsabwicklung zulässigerweise einen Insolvenzantrag gegen den Auftragnehmer stellt und damit eine Kündigung gem. § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 2 Var. 2 VOB/B vorbereitet, es sei denn, er hätte wegen seiner Ansprüche aus dem Bauvertrag eine titulierte, unbefriedigte Forderung; genauso wenig kann ein Auftraggeber verlässlich prüfen, ob der von einem Dritten als Gläubiger gegen den Auftragnehmer gestellte Insolvenzantrag den Anforderungen des § 14 InsO genügt²⁹⁰. Die praktische Bedeutung dieser zweiten Variante der Alt. 2 dürfte sich auf eine ex-post-Rechtfertigung der auf anderer Grundlage erklärten Kündigung beschränken²⁹¹.

(ii) Wirksamkeit nach § 119 InsO?

Die Wirksamkeit der Alt. 2 des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B nach § 119 InsO ist umstritten:

(iii) Verneinend: (Teile der) Literatur

Die die Wirksamkeit verneinende Literatur möchte darauf abstellen, ob der Anwendungsbereich des § 119 InsO bezüglich der Alt. 2 des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B eröffnet ist: Da § 119 InsO einen wirksamen Eröffnungsbeschluss voraussetze und § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 1 VOB/B nur an einen materiellen Eröffnungsgrund (Zahlungseinstellung nach § 17 InsO) anknüpfe, wird die Alt. 1 für wirksam gehalten (s.o.); demgegenüber knüpfe

²⁸⁸ BGH ZIP 2006, 1452.

²⁸⁹ BGH ZIP 2006, 1452 (1456).

²⁹⁰ Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 22.

²⁹¹ Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 22.

aber die Alt. 2 des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B an einen formellen Eröffnungsgrund an, nämlich den Insolvenzantrag nach §§ 13 ff. InsO²⁹², was zum Anlass genommen wird, die Klausel wegen des Verstoßes nach § 119 InsO bereits im Insolvenzeröffnungsverfahren für unwirksam zu halten²⁹³.

(iv) Bejahend: (OLG-)Rechtsprechung sowie (überwiegende) Literatur

Dieser Ansicht tritt aber zu recht sowohl die (überwiegende) Literatur als auch die jüngere OLG-Rechtsprechung mit nachfolgenden Argumenten entgegen: Die Vorschrift des § 119 InsO setze ein eröffnetes Insolvenzverfahren voraus, denn nur dort komme es (abgesehen vom Fall des § 112 InsO) zur Anwendung des §§ 103 ff. InsO, die § 119 InsO sicherstellen will²⁹⁴. Die o.g. Gegenmeinung in Bezug auf eine angenommen Geltung des § 119 InsO bereits im Zeitpunkt des Insolvenzeröffnungsverfahren ist abzulehnen, anderenfalls hätte es § 112 InsO nicht bedurft, und es bliebe unverständlich, warum der Gesetzgeber in § 119 InsO nicht ebenfalls (in Übereinstimmung mit § 112 InsO) auf die Zeit „nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens“ abgestellt hätte, wenn er eine solche Reichweite gewollt hätte²⁹⁵. Demnach bejaht das OLG Karlsruhe mit Urteil vom 26.07.2002²⁹⁶ ausdrücklich die Wirksamkeit des Kündigungsrechts nach der Alt. 2 und lässt hiergegen auch nicht die Revision zu, „da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung habe und die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgericht nicht erfordere“. Für die Wirksamkeit der Alt. 2 spricht auch ein Erst-recht-Schluss aus dem Urteil des OLG Düsseldorf vom 06.09.2006²⁹⁷, in dem sogar die Regelung der Alt. 3 für den Fall der Kündigung nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens für mit § 119 InsO vereinbar gehalten wird, was dann erst recht auch für den Fall einer Kündigung nach Antragstellung im Insolvenzeröffnungsverfahren gelten müsse.

²⁹² Koenen, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 2229.

²⁹³ Kapellmann/Messerschmidt/Lederer, § 8 Rdnr. 72; Heidelberger Kommentar/Marotzke, § 119 Rdnr. 5.

²⁹⁴ OLG Karlsruhe IBR 2006, 398.

²⁹⁵ OLG Karlsruhe IBR 2006, 398; Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung/Huber, § 119 Rdnr. 22.

²⁹⁶ OLG Karlsruhe IBR 2006, 398.

²⁹⁷ OLG Düsseldorf BauR 2006, 1908.

(g) Zwischenergebnis bezüglich der Wirksamkeit von § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 2 sowie Alt. 1 und 4 VOB/B

Unter Bezugnahme auf die - letztendlich auf der grundlegenden Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1985²⁹⁸ basierenden – e.g. Urteile des OLG Karlsruhe vom 26.07.2002 sowie des OLG Düsseldorf vom 06.09.2006 geht auch diese Untersuchung bei ihren Folgeüberlegungen davon aus, dass dem Auftraggeber bei Vereinbarung der VOB/B – neben den i.S.v. § 119 InsO und §§ 305 ff. BGB wirksamen Alt. 1 und 4 des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B (s.o.) - weiterhin das Kündigungsrecht nach der Alt. 2 des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B zusteht (wobei im Rahmen einer (anwaltlichen) Beratung des Auftraggebers nicht das bestehende Restrisiko der o.g. gegenteiligen Literaturauffassung vernachlässigt werden darf, was auch in die Gesamtbewertung einzufließen hat, s.u.).

5. Ablehnung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse

Wie bereits erwähnt, endet ggf. das Hauptprüfungsverfahren mit der Ablehnung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse. In diesem Fall steht dem Auftraggeber ein – nach § 119 InsO wirksames (s.o.) – Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 4 VOB/B zu.

II. Rechtslage des Bauvertrags ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Weiterhin ist die Rechtslage des Bauvertrages ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu betrachten, dies allerdings nur in der gebotenen Kürze, da aus Sicht des Auftraggebers im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei (jedenfalls) ausdrücklicher Ablehnung der Erfüllung des Bauvertrages durch den Insolvenzverwalter, damit ohne weitere erforderliche Rechtshandlung des Auftraggebers in Form einer Kündigung etc. der Versicherungsfall aus Ziff. 2.2 VB BFV (2008) gegeben ist.

1. Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Gem. § 27 InsO erfolgt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Beschluss. Im Rahmen dieses Gerichtsbeschlusses benennt das Insolvenzgericht den Insolvenzverwalter, ebenso enthält der Eröffnungsbeschluss die Firma bzw. den Namen und Vornamen, Ge-

schäftszweck, Beschäftigung, gewerbliche Niederlassung oder Wohnung des Schuldners, den Namen und die Anschrift des Insolvenzverwalters und die Stunde der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Im Eröffnungsbeschluss sind die Gläubiger aufzufordern, ihre Forderungen beim Insolvenzverwalter anzumelden (§ 28 InsO). Der Eröffnungsbeschluss ist unverzüglich öffentlich bekannt zu machen und den Gläubigern und Drittschuldnern, wie auch dem Schuldner selbst, zuzustellen (§ 30 InsO).

2. Erfüllung des Bauvertrags durch Insolvenzverwalter

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt sich für den Insolvenzverwalter (erneut) die Frage, ob er den Bauvertrag erfüllt oder nicht. Wählt er die Erfüllung, so stellt sich die insolvenzrechtliche Lage mit ihren Chancen und (wohl aber) überwiegenden Risiken für den Insolvenzverwalter, aber auch Auftraggeber wie folgt dar:

a) Insolvenzrechtliche Lage des Bauvertrags im Erfüllungsfall

§§ 103, 105 S. 1 InsO enthalten Regelungen zu gegenseitigen Verträgen, zu denen auch die Bauverträge zählen, falls diese bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens beiderseits noch nicht vollständig erfüllt sind. Dies ist beim Bauvertrag regelmäßig der Fall, wenn die Hauptleistungspflicht des Auftragnehmers inklusive der Erfüllung von Mängelansprüchen nach Abnahme nicht abgewickelt ist bzw. der Auftraggeber die Vergütung nicht vollständig bezahlt hat²⁹⁹.

i) BGH (alt): Erlöschenstheorie

Der für das Insolvenzrecht zuständige IX. Senat des BGH nahm seit dem Grundsatzurteil vom 11.02.1988³⁰⁰ (früher) in ständiger Rechtsprechung Folgendes an: Ein gegenseitiger, von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllter Vertrag wird durch die Insolvenzverfahrenseröffnung automatisch umgestaltet, wobei der Erfüllungsanspruch erlischt, sog. Erlöschenstheorie. An seine Stelle tritt der einseitige Anspruch des Auftraggebers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, der lediglich eine Konkursforderung darstellt und in einem Abrechnungsverhältnis mit den der Konkursmasse noch zustehenden Forderungen

²⁹⁸ BGH BauR 1986, 91.

²⁹⁹ Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 57-66.

³⁰⁰ BGH ZIP 1989, 171 (173 f.).

verrechnet wird. Allein die Erklärung des Konkursverwalters, die Vertragserfüllung zu wählen, lässt den untergegangenen Anspruch gegen den Vertragspartner wieder erstehen, indem sie ihn mit dem bisherigen Inhalt neu begründet³⁰¹.

ii) BGH (neu): Suspensivtheorie

Von dieser zur KO ergangenen Rechtsprechung hat sich nun der BGH mit Grundsatzurteil vom 25.04.2002³⁰² abgewendet, und zwar hin zur neueren sog. Suspensivtheorie: Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verlieren zunächst die Ansprüche des Vertragspartners auf weitere Leistung des Insolvenzschuldners und die entsprechenden Gegenleistungsansprüche des Insolvenzschuldners gegen den Vertragspartner (lediglich) ihre Durchsetzbarkeit. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bewirkt keine materiell-rechtliche Umgestaltung des gegenseitigen Vertrages, sondern hat wegen der beiderseitigen Nichterfüllungseinreden der Vertragspartner aus § 320 BGB nur zur Folge, dass diese ihre noch ausstehenden Erfüllungsansprüche, soweit es sich nicht um Ansprüche auf die Gegenleistung für schon erbrachte Leistungen handelt, nicht durchsetzen können. Erst die Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter verleiht dem Anspruch des Vertragspartners des Insolvenzschuldners auf die noch ausstehende Werkleistung des Insolvenzschuldners und dessen Anspruch auf eine entsprechende Gegenleistung die Rechtsqualität von originären Masseverbindlichkeiten und –forderungen³⁰³. Folglich bestimmt wie bisher – abgesehen von den Kündigungsmöglichkeiten des Auftraggebers, insbesondere nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 3 VOB/B – allein der Insolvenzverwalter im Rahmen des ihm gesetzlich zugewiesenen Wahlrechts darüber, ob er den suspendierten gegenseitigen Vertrag für bzw. gegen die Insolvenzmasse fortführt³⁰⁴.

b) Vertragsfortführung aus Sicht des Insolvenzverwalters und deren Risiken

Der Insolvenzverwalter hat bei seiner Entscheidungsfindung, ob er die Fortführung des Bauvertrages wählt, im Wesentlichen dieselben o.g. Aspekte zu würdigen wie der vorläufige

³⁰¹ BGH ZIP 1989, 171 (173 f.).

³⁰² BGH BauR 2002, 1264 (1266 f.).

³⁰³ BGH BauR 2002, 1264 (1266 f.).

³⁰⁴ Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 60.

Insolvenzverwalter³⁰⁵. Wählt er die Vertragsfortführung und Erfüllung des Bauvertrages, so kann er sich diesbezüglich gegenüber dem Auftraggeber ausdrücklich bzw. konkludent dadurch erklären, dass er durch Mitarbeiter des Auftragnehmers oder durch von ihm beauftragte Nachunternehmer die Arbeiten auf der Baustelle fortführen lässt; eine Erfüllungswahl soll auch vorliegen, wenn der Insolvenzverwalter vom Auftraggeber gerügte Mängel durch eigene Mitarbeiter bzw. den verantwortlichen Nachunternehmer beseitigen lässt, um dadurch einen nicht ausgezahlten Werklohnanteil zur Masse zu ziehen³⁰⁶. Allerdings macht aus Sicht des Insolvenzverwalters in der Praxis v.a. eine umsatzsteuerrechtliche Problematik die Fortführung eines Bauvorhabens in den Fällen unlukrativ, in denen der Auftraggeber bereits für wesentliche, erbrachte Leistungsteile Abschlagszahlungen zusammen mit der ausgewiesenen Umsatzsteuer bezahlt hat, der Auftragnehmer die Umsatzsteuer aber nie an das Finanzamt abgeführt hat und für die fertigzustellende Restleistungen nunmehr eine Restzahlung des Auftraggebers zu erwarten ist, welche die aus der gesamten Abrechnungssumme noch zu entrichtende Umsatzsteuer allenfalls geringfügig übersteigt³⁰⁷. Dann soll nach der Rechtsprechung des BFH³⁰⁸ nach einer Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters das Bauwerk insgesamt erst mit der Fertigstellung geliefert worden sein, so dass die auf dieser Leistung beruhende Umsatzsteuer für das gesamte (!) Bauwerk als Masseverbindlichkeit zu befriedigen ist, soweit die Umsatzsteuer aus den Abschlagszahlungen durch den Auftragnehmer nicht beglichen wurde³⁰⁹. Führt in diesem Fall also der Insolvenzverwalter das Bauvorhaben nach Verfahrenseröffnung fort, wird die Finanzverwaltung gegen den Insolvenzverwalter aufgrund dessen Erfüllungswahl eine Umsatzsteuerforderung einerseits bezüglich der zuletzt erbrachten Leistungen, andererseits aber auch bezüglich der nicht abgeführten Umsatzsteuerbeträge aus dem Zeitraum vor der Antragstellung in ggf. nicht unbeträchtlicher Höhe geltend machen. Zwar führt diese finanzgerichtliche Rechtsprechung mit nicht von der Hand zu weisenden Argumenten in der Literatur prinzipiell zu wirtschaftlich unsinnigen Ergebnissen, da sie mit grundlegenden Zielen der Insolvenzordnung, nämlich Betriebsfortführung und übertragende Sanierung, kaum vereinbar sein dürf-

³⁰⁵ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 37.

³⁰⁶ Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 61.

³⁰⁷ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 37-38 (mit einem „idealtypischen rechnerischen Negativbeispiel“).

³⁰⁸ BFH KTS 1979, 208 (210).

³⁰⁹ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 37.

te³¹⁰, doch ist der Insolvenzverwalter letztendlich bei seiner Entscheidung an diese höchst-richterliche BFH-Rechtsprechung gebunden, weswegen bereits aus diesen Überlegungen heraus der Insolvenzverwalter in nicht seltenen Fällen die Erfüllung des Bauvertrages ablehnen wird, da der Auftragnehmer erfahrungsgemäß gerade bei materieller Insolvenz die vom Auftraggeber erhaltene und eigentlich abzuführende Umsatzsteuer oft nicht im geschuldeten Umfang an die Finanzverwaltung weitergeleitet hat.

c) Vertragsfortführung aus Sicht des Auftraggebers und deren Risiken

Aus Sicht des Auftraggebers hat die Erfüllungswahl im Wesentlichen die gleichen Vorteile wie in der Phase der Vertragsfortführung während des Insolvenzeröffnungsverfahrens (s.o.). Sein Risiko beschränkt sich hauptsächlich auf die Rechtsunsicherheit bezüglich seiner Mängelansprüche wegen aus der Zeit vor dem Insolvenz(eröffnungs)verfahren stammender Mängel, insbesondere ob es sich hierbei um für ihn wirtschaftlich lukrative Masseverbindlichkeiten oder lediglich um Insolvenzforderungen handelt; insoweit gilt das oben Gesagte.

3. Ablehnung der Erfüllung des Bauvertrags durch den Insolvenzverwalter und deren Folgen für den Auftraggeber

a) Ablehnung des Insolvenzverwalters

Wählt der Insolvenzverwalter, insbesondere aus o.g. Risikoüberlegungen heraus nicht die Erfüllung des Vertrages, so hat nach der neueren Rechtsprechung der Insolvenzverwalter wegen § 103 Abs. 2 S. 3 InsO sein Wahlrecht endgültig verloren³¹¹. Erklärt der Insolvenzverwalter die Erfüllung lediglich unter Vorbehalt oder verlangt er Erfüllung zu veränderten Bedingungen, so wird dies von der Rechtsprechung als Ablehnung ausgelegt³¹². Äußerst sich der Insolvenzverwalter nicht von sich aus, gibt § 103 Abs. 2 S. 2 InsO dem Auftraggeber das Recht, den Verwalter zur Ausübung seines Wahlrechts mit der Folge aufzufordern, dass sich dieser „unverzüglich“, d.h. (wohl) ohne schuldhaftes Zögern i.S.v. § 121 Abs. 1 S. 2 BGB zu erklären hat, wenn er nicht sein Erfüllungswahlrecht verlieren will. Übt der In-

³¹⁰ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 38.

³¹¹ Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 66.

³¹² BGH NJW 1988, 1790.

solvenzverwalter sein Wahlrecht daraufhin nicht oder nicht unverzüglich aus, kann er gem. § 103 Abs. 2 S. 3 InsO auf der Erfüllung nicht mehr bestehen, so dass es bei der Nichterfüllung des Vertrages bleibt. Es ergeben sich dann dieselben Rechtsfolgen wie bei einer ausdrücklichen Erfüllungsablehnung³¹³.

b) Folgen für den Auftraggeber

Aus Sicht des Auftraggebers ist das zwingende Erfordernis einer unzweifelhaft durch den Insolvenzverwalter erfolgten Ablehnung nicht unproblematisch: Denn dem Insolvenzverwalter wird prinzipiell eine angemessene Überlegungsfrist bezüglich seiner Wahlmöglichkeit eingeräumt, wobei im Einzelfall eine solche Zeitspanne angemessen sein soll, um Klarheit über die Maßstäbe der Wahlrechtsausübung und deren Bewertung zu erlangen³¹⁴. Dabei sei der Insolvenzverwalter bei besonders bedeutsamen Rechtshandlungen sogar aus Rechtsgründen des § 160 InsO gehalten, vor Abgabe einer Erklärung die Zustimmung des zuständigen Gläubigerorgans einzuholen, wenn eine Wahlrechtsausübung die Masse mit nicht unerheblichen Masseverbindlichkeiten belasten würde: Ist beispielsweise die Weiterführung der Verträge nur bei einer Fortführung des Betriebes wirtschaftlich sinnvoll, wird dem Insolvenzverwalter regelmäßig zu gestatten sein, mit der Wahlrechtsdurchführung bis nach dem Berichtstermin zu warten, um dort die nötige Abklärung herbeiführen zu können, diese Spanne könne der Gläubiger nicht durch einseitige Fristvorgaben verkürzen; solange die dem Insolvenzverwalter zustehende Überlegungsfrist andauert, besteht ein Schwebezustand³¹⁵. Vor diesem Hintergrund ist es dem Auftraggeber in aller Regel kaum möglich, die Angemessenheit einer von ihm gesetzten Frist zu beurteilen, da ihm die maßgeblichen Umstände der Entscheidung des Insolvenzverwalters nicht bekannt sind³¹⁶. Insolvenzrechtlich besteht deshalb für den Auftraggeber folgendes Risiko: Klagt der Insolvenzverwalter aufgrund einer ggf. doch noch rechtzeitigen Erfüllungswahl die Gegenleistung ein, obliegt dem Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Erklärung des Insolvenzverwalters verspätet war³¹⁷. Als Reaktionsmöglichkeit kann der Auftrag-

³¹³ Koenen, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 2224-2245.

³¹⁴ Koenen, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 2224-2245.

³¹⁵ Koenen, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 2245.

³¹⁶ OLG Köln ZIP 2003, 543.

³¹⁷ Koenen, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 2245.

geber entweder aufgrund des e.g. Risikos den Vertrag in der Schwebe lassen und darauf setzen, die Erfüllungsansprüche nach Abwicklung des Insolvenzverfahrens gegen den Insolvenzverwalter durchsetzen zu können³¹⁸. In der Regel aber wird der Auftraggeber den ihm aufgrund der Nichterfüllung durch den Insolvenzverwalter entstandenen Schaden geltend machen, sei es durch Anmeldung als Insolvenzforderung zur Insolvenztabelle, sei es - wirtschaftlich bedeutungsvoller - durch Aufrechnung gegen einen etwa der Insolvenzmasse noch zustehenden Werklohnanspruch für das bis zur Insolvenzeröffnung erbrachte Teilwerk³¹⁹.

4. Kündigung des Bauvertrags durch den Auftraggeber und deren Rechtsfolgen

Die v.a. beim VOB-Bauvertrag bestehende Kündigungsmöglichkeit für den Auftraggeber spielt im Rahmen des Versicherungsfalls der Baufertigstellungsversicherung weniger eine Rolle, da – geht man von dem (dann unproblematischen) Fall der ausdrücklichen Ablehnung der Erfüllung durch den Insolvenzverwalter aus – bereits dadurch, d.h. ohne weitere Handlung des Auftraggebers der Versicherungsfall nach Ziff. 2.2 S. 3 Alt. 2 VB BFV (2008) gegeben ist. Liegt allerdings (wie nicht selten in der Praxis) keine ausdrückliche Ablehnung des Insolvenzverwalters vor (mit den daraus resultierenden Folgeproblemen), sollte der Auftraggeber prüfen, ob er von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht, um ggf. dadurch den Versicherungsfall herbeiführen zu können (s.u. zur Problematik, dass das Kündigungsrecht nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht ausdrücklich in Ziff. 2.2. VB BFV (2008) erwähnt ist, wohl aber aus einem Erst-recht-Schluss aus dem schon gegebenen Versicherungsfall bei Kündigung bereits in der Phase vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens herzuleiten ist).

a) Individualvertraglich vereinbartes Kündigungsrecht im Insolvenzfall und (kein) Kündigungsrecht nach BGB

Bezüglich der Kündigungsmöglichkeiten des Auftraggebers im eröffneten Insolvenzverfahren gilt das oben Gesagte: Sollten (wider Erwarten) die Parteien individualvertraglich u.a. ein Kündigungsrecht im Insolvenzfall des Auftragnehmers vereinbart haben, kann der Auf-

³¹⁸ Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 66.

³¹⁹ Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 66.

traggeber dieses natürlich ausüben. Haben hingegen die Parteien lediglich einen BGB-Bauvertrag ohne ein solches individualvertragliches Kündigungsrecht vereinbart, bleibt es bei dem oben gefundenen Ergebnis, dass in diesem Fall der Auftraggeber - außer der o.g. Möglichkeit der für ihn ungünstigen freien Kündigung nach § 649 S. 1 BGB - keine rechtlichen Möglichkeiten hat, wegen Insolvenz des Auftragnehmers den BGB-Bauvertrag zu kündigen.

b) (Streitiges) Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 3 VOB/B wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Bei einem VOB-Bauvertrag ist die Kündigungsmöglichkeit des Auftraggebers wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit § 119 InsO am meisten umstritten:

i) Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 3 VOB/B kann der Auftragnehmer den Vertrag kündigen, wenn ein Insolvenzverfahren (§§ 14 und 15 InsO) eröffnet ist. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird durch einen rechtswirksamen Eröffnungsbeschluss gem. § 27 InsO dokumentiert, wobei dieser in der Beschwerdeinstanz nicht wieder aufgehoben worden sein darf³²⁰. Allerdings soll diese Alternative kaum praktische Bedeutung haben, da der Eröffnung des Insolvenzverfahrens immer ein Antrag vorausgehen muss, der wiederum die Kündigung gem. der o.g. Alt. 2 des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B eröffnet; ein praktischer Anwendungsbereich verbleibe allenfalls in den Fallgruppen, in denen der Auftraggeber die Zulässigkeit des allein vorliegenden Gläubigerinsolvenzantrags nicht zu beurteilen vermag und daher eine Kündigung auf Grundlage der e.g. Alt. 2 unterlässt (s.o.)³²¹.

ii) Wirksamkeit nach § 119 InsO?

(a) Verneinend: (Teile der) Literatur

Die Alt. 3 des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B wird z.T. in der Literatur gem. § 119 InsO i.V.m. § 134 BGB mit dem Hinweis für unwirksam gehalten, dass sich die Regelung auf einen Zeit-

³²⁰ OLG Oldenburg BauR 1987, 567.

³²¹ Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 24.

punkt nach der Verfahrenseröffnung beziehe³²²: Würde man selbst in dem Stadium nach der Insolvenzverfahrenseröffnung und auch der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters die Kündigung zulassen, so würde man den Insolvenzverwalter, der wegen der Erfüllungswahl Dispositionen (beispielsweise vertragliche Bindungen gegenüber Nachtunternehmern, Lieferanten und Arbeitnehmern) eingegangen ist, mit einem massiven Schaden belasten. Ebenso soll die Kündigung selbst dann unwirksam sein, wenn bei Zugang der Kündigungserklärung der Insolvenzverwalter die Erfüllung noch nicht gewählt hat: Dem Auftraggeber, der im Zeitraum vor der Insolvenzverfahrenseröffnung keine Kündigung ausgesprochen hat, sei es zuzumuten, nunmehr wegen des suspendierten Erfüllungsanspruchs aus dem Bauvertrag dem Insolvenzverwalter eine Frist zur Erklärung über die Erfüllungswahl nach § 103 Abs. 2 S. 2 InsO zu setzen, und anschließend entweder mit der Erfüllungswahl des Verwalters konfrontiert zu sein oder aber Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung geltend zu machen; eine andere Betrachtungsweise sei mit dem eindeutigen Wortlaut von § 119 InsO nicht vereinbar³²³. Allerdings räumt diese Literaturansicht selbst ein, dass „solche Fälle praktisch relevant äußerst selten seien, da wegen der Notwendigkeit, schnellstmöglich Klarheit über die weitere Abwicklung des Bauvertrages zu erlangen, Kündigungen, falls sie der Auftraggeber wünsche, unmittelbar nach Insolvenzantrag ausgesprochen werden können und i.d.R. auch ausgesprochen werden“³²⁴.

(b) Bejahend: (OLG-)Rechtsprechung sowie (überwiegende) Literatur

Diese e.g. Literaturansicht wird von der (OLG-)Rechtsprechung abgelehnt: Mit Urteil vom 06.09.2006³²⁵ führte das OLG Düsseldorf überzeugend unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung des BGH zur Konkursordnung aus, dass das Wahlrecht des Insolvenzverwalters durch das vertraglich eingeräumte Recht, gem. § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 3 VOB/B vorgehen zu können, nicht berührt werde, da der (im BGH-Urteil genannte) Konkursverwalter seine Rechte eben nur im Rahmen der bestandskräftigen Bestimmung des Vertrages ausüben könne. Dieses Argument überzeuge auch, wenn nunmehr § 119 InsO Vereinbarungen, die das Wahlrecht des Insolvenzverwalters einschränken, kraft Gesetzes für un-

³²² Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 10.

³²³ Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 10.

³²⁴ Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 10.

³²⁵ OLG Düsseldorf BauR 2006, 1908.

wirksam erklärt: Enthalte der Vertrag, an dessen Bestimmungen sich auch der Insolvenzverwalter halten muss, eine solche Regelung, bestünde sein Wahlrecht von vornherein nur dann, wenn eine auf diese Bestimmung gestützte Kündigung nicht erklärt wurde. Damit werde der Vertrag aber nicht zu einem bedingten Rechtsgeschäft. Die Gesetzgebungsgeschichte spräche zudem eindeutig für eine Wirksamkeit der Vertragsklausel. Die zunächst vorgesehene ausdrückliche Regelung im Gesetzesentwurf, dass die Vereinbarung eines derartigen Kündigungsgrundes unwirksam sein sollte, sei im Gesetzgebungsverfahren gestrichen worden, was eindeutig dafür spräche, dass der Gesetzgeber sich für die Wirksamkeit einer solchen Vertragsklausel entschieden habe. Die gegenteilige Auffassung, schon die Kündigung gem. § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 3 VOB/B führe zu einer unzulässigen Beschränkung des Wahlrechts des Verwalters, vermag ferner deshalb nicht zu überzeugen, weil der Auftraggeber den Vertrag ohnehin im Wege der freien Kündigung gem. § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B bzw. § 649 S. 1 BGB jederzeit kündigen könne, womit das Wahlrecht ebenfalls hinfällig würde³²⁶.

(c) Zwischenergebnis bezüglich der Wirksamkeit von § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 3 VOB/B

Mit dieser (auch in der Literatur³²⁷) vertretenen Ansicht der (OLG-)Rechtsprechung³²⁸ geht auch diese Untersuchung bei ihren Folgeunterlegungen von der – nach § 119 InsO und §§ 305 ff. BGB - wirksamen Kündigungsmöglichkeit des Auftraggebers nach der Alt. 3 des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B aus (sofern nicht bereits der Auftraggeber gem. der in der Praxis am häufigsten vorkommenden Kündigung auf der Grundlage der – ebenfalls für wirksam gehaltenen - Alt. 2 des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B die Kündigung erklärt hat).

4. Abschnitt: Deckungsrechtliche Ebene

A. Allgemein

Die deckungsrechtliche Ebene umfasst versicherungssystematisch prinzipiell das Verhältnis zwischen dem Versicherer und (zunächst) dem Versicherungsnehmer, vorliegend dem Auf-

³²⁶ OLG Düsseldorf BauR 2006, 1908.

³²⁷ Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung/Huber, § 119 InsO Rdnr. 28.

tragnehmer. Als Besonderheit der Baufertigstellungsversicherung kommt als deckungsrechtliches „Dreiecksverhältnis“ hinzu, dass im Insolvenz- und Versicherungsfall ein Dritter, nämlich der Auftraggeber, einen Direktanspruch gegen den Versicherer erwirbt. Insofern sind nachfolgend dieses versicherungsrechtliche (Dreiecks-)Verhältnis und die damit v.a. aus Sicht des Dritten verbundene Deckung dem Grunde und der Höhe nach, einschließlich sämtlicher tatbestandsmäßiger bzw. sonstiger Deckungsausschlüsse bzw. -einschränkungen sowie einige deckungsrechtliche Besonderheiten zu betrachten, wobei die in Ziff. 10 VB BFV (2008) definierte Rechtsstellung des Direktanspruchsinhabers von zentraler Bedeutung in diesem deckungsrechtlichen System ist:

B. Rechtsstellung und Direktanspruch des Auftraggebers im Insolvenzfall des Versicherungsnehmers aus Vertrag zugunsten Dritter

Um die Insolvenzfestigkeit sicherzustellen, räumen Ziff. 1.3 VB BFV (2008) i.V.m. Ziff. 10 und 6 VB BFV (2008) dem Auftraggeber einen Direktanspruch gegen den Versicherer ein, so dass im Insolvenzfall der Auftraggeber unmittelbar vom Versicherer die Leistung wie folgt verlangen kann: Nach Ziff. 1.3 VB BFV (2008) „erwirbt der Auftraggeber (Bauherr) im Versicherungsfall (vgl. Ziff. 2) unmittelbar das Recht, die Versicherungsleistung (vgl. Ziff. 6) an sich zu fordern (Direktanspruch). Der Versicherer ist berechtigt, an den Auftraggeber (Bauherren) mit befreiender Wirkung zu leisten. Die Rechte und Pflichten des Auftraggebers (Bauherren) im Versicherungsfall richten sich ausschließlich nach Ziff. 10“. Nach Ziff. 10.1 VB BFV (2008) „wird das Bestehen des Versicherungsvertrages gegenüber dem Auftraggeber (Bauherren) in einem Zertifikat dokumentiert. Die Rechte und Pflichten des Auftraggebers (Bauherren) ergeben sich aus diesem Zertifikat. Der Versicherer verzichtet gegenüber dem Auftraggeber (Bauherren) insofern auf Einwendungen, die ihm gegenüber dem Versicherungsnehmer aus dem zu Grunde liegenden Versicherungsvertrag zustehen (vgl. § 334 BGB), soweit diese nicht im Zertifikat genannt sind“. Seinem Rechtscharakter nach handelt es sich bei diesem Direktanspruch um einen echten Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. § 328 BGB, wobei im Vollzugsverhältnis dem Auftraggeber als Dritten gegenüber dem Versicherer als Versprechenden ein eigenes Forderungsrecht eingeräumt wird, welches der Versicherer in einem Zertifikat nach Ziff. 10.1 und 10.2 VB BFV (2008) ver-

³²⁸ OLG Düsseldorf BauR 2006, 1908.

brief³²⁹. Wichtig ist in diesem Zusammenhang (insoweit ist Voit ungenau, wenn er lediglich von einem „Übergang des Anspruches auf die Versicherungsleistung auf den Bauherrn“ spricht³³⁰), dass es sich um einen prinzipiell eigenständigen Direktanspruch des Auftraggebers handelt: Demnach erwirbt der Auftraggeber im Rahmen eines echten Vertrages zugunsten Dritter originär das Forderungsrecht in seiner Person, wobei nach zivilrechtlichen Grundsätzen der Anspruch auch nicht durchgangsweise zum Vermögen des Versprechensempfängers, d.h. Auftragnehmers gehört³³¹. Ein solcher Direktanspruch ist dem Vollstreckungszugriff der Gläubiger des Versprechensempfängers entzogen³³². Weiterhin verzichtet der Versicherer in Abweichung zu § 334 BGB darauf, dem Bauherrn „Einwendungen“ aus dem Versicherungsverhältnis entgegenhalten zu können, sofern diese nicht im Zertifikat genannt sind (s.u. zu den Einzelheiten).

C. Deckung nach den Versicherungsbedingungen für die Baufertigstellungsversicherung (VB BFV (2008))

I. Deckung dem Grunde nach

Folgende Voraussetzungen müssen vorliegen, damit eine Deckung dem Grunde nach durch die Versicherungsbedingungen für die Baufertigstellungsversicherung (VB BFV (2008)) besteht:

1. Gegenstand der Versicherung nach Ziff. 1.1 VB BFV (2008)

Nach Ziff. 1.1 VB BFV (2008) bezieht sich die Versicherung (lediglich) „auf das im Versicherungsvertrag bestimmte Bauvorhaben“. Bedauerlicherweise übernimmt die Neufassung der VB BFV (2008) nicht die (wenigstens bei der Baugewährleistungsversicherung in Ziff. 1.1 S. 2 VB BGV (2008) erfolgte) Klarstellung, dass „Änderungen und Erweiterungen des Leistungsumfangs nur dann versichert sind, wenn sie dem Versicherer in Schriftform mitgeteilt und von diesem ausdrücklich in die Versicherung eingeschlossen wurden“ (s.u. zu dieser Deckungseinschränkung).

³²⁹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 238.

³³⁰ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 245.

³³¹ BGHZ 1991, 291.

³³² Palandt/Grüneberg, Einf. v. § 328 Rdnr. 6.

2. Versicherungsfall nach Ziff. 2.1 VB BFV (2008)

Nach Ziff. 2.1 VB BFV (2008) „ist ein Versicherungsfall gegeben, wenn der Versicherungsnehmer seine Verpflichtungen aus dem Bauvertrag aufgrund von Insolvenz nicht mehr erfüllen kann“. Dabei wird der Begriff der „Insolvenz“ deckungsrechtlich (und damit abweichend zur InsO) eigenständig in Ziff. 2.2 VB BFV (2008) definiert, wonach „Insolvenz i.S.d. Versicherungsbedingungen vorliegt, wenn über das Vermögen des Versicherungsnehmers ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt worden ist. Die Voraussetzung für die Gewährung des Versicherungsschutzes ist jedoch, dass der Auftraggeber (Bauherr) den zu Grunde liegenden Werkvertrag gekündigt hat. Erfolgt keine Kündigung des Werkvertrages durch den Auftraggeber (Bauherrn), hat dieser nur dann einen Anspruch auf Entschädigungsleistungen, wenn der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist oder - im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Bauvertrages abgelehnt hat“.

3. Mögliche Konstellationen des (Nicht-)Eintritts des Versicherungsfalls nach Ziff. 2 VB BFV (2008)

Unter Berücksichtigung der bereits dargestellten haftungs- und v.a. insolvenzrechtlichen, nicht unproblematischen Konstellationen ergeben sich für den Auftraggeber verschiedene deckungsrechtliche Konstellationen des (Nicht-)Eintritts des Versicherungsfalls, die gerade aus praktischer Sicht äußerst kritisch – wie nachfolgend ausgeführt – zu bewerten sind:

a) Kein Versicherungsfall bei materieller Insolvenz des Auftragnehmers

Bei einer materiellen Insolvenz des Auftragnehmers, d.h. wenn der Auftragnehmer nicht mehr in der Lage ist, seinen Verbindlichkeiten fristgerecht nachzukommen (s.o.), ist der Versicherungsfall mangels eines hierfür erforderlichen „Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens“ nicht gegeben. Bei einem VOB-Bauvertrag bedeutet dies außerdem, dass die oben beschriebene Kündigungsmöglichkeit nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 1 VOB/B versicherungsrechtlich leer läuft, wodurch der Auftraggeber (frühestens) auf das Insolvenzeröffnungsverfahren verwiesen, wenn nicht gar „vertröstet“ wird.

b) Versicherungsfall im Insolvenzeröffnungsverfahren

Im Insolvenzeröffnungsverfahren ergeben sich nach Ziff. 2.2 VB BFV (2008) differenziert betrachtet nachfolgende (insolvenzrechtlich bereits dargestellte, s.o.) Konstellationen:

i) Erfüllung des Bauvertrags durch den vorläufigen Insolvenzverwalter: kein Versicherungsfall

Wählt der vorläufige Insolvenzverwalter die Erfüllung des Bauvertrages (und kündigt der Auftraggeber nicht den Bauvertrag), ist kein Versicherungsfall gegeben, welcher bei Vertragsfortführung dem Grunde nach auch nicht von Nöten ist. Allerdings muss sich der Auftraggeber in diesem Fall, insbesondere wenn er selbst keine Kündigung ausspricht, über Folgendes im Klaren sein: Zum einen werden ihm die oben beschriebenen Mehrkosten in Form von ggf. angefallenen Kosten zur Feststellung des Bauzustandes bzw. Baustillstandskosten nicht vom Versicherer erstattet. Zum anderen hat der Auftraggeber mögliche, nicht vom Versicherungsschutz umfasste Mehrkosten im Hinblick auf Mängelbeseitigungskosten wegen – aus der Zeit vor dem Insolvenzeröffnungsverfahren stammender – Mängeln, sofern diese Ansprüche mangels letztendlich endgültiger höchstrichterlicher Erklärung lediglich als Insolvenzforderungen³³³ bewertet werden (s.o.).

ii) Ablehnung der Erfüllung des Bauvertrags durch den vorläufigen Insolvenzverwalter (und keine Kündigung durch den Auftraggeber): kein Versicherungsfall

Lehnt im Insolvenzeröffnungsverfahren der vorläufige Insolvenzverwalter die Erfüllung des Bauvertrages ab und kündigt der Auftraggeber nicht den Bauvertrag, so ist der Versicherungsfall nicht eingetreten, da im Insolvenzeröffnungsverfahren Ziff. 2.2 S. 2 VB BFV (2008) hierfür ausdrücklich eine Kündigung verlangt und ohne eine entsprechende Kündigungserklärung nach Ziff. 2.2 S. 3 VB BFV (2008) der Versicherungsfall frühestens eintritt, wenn nach Abschluss des Insolvenzeröffnungsverfahrens im dann eröffneten Insolvenzverfahren der dortige Insolvenzverwalter „die Erfüllung des Bauvertrages abgelehnt hat“. Folglich bedeutet dies, dass sich der Auftraggeber nunmehr in einem gewissen Vakuum befindet, da der Versicherungsfall bei Ablehnung der Erfüllung des Bauvertrages durch den vorläufigen Insolvenzverwalter frühestens bei Ablehnung durch den (endgültigen) Insolvenzverwalter „im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens“ eintreten kann, nicht aber schon, wenn im vorgeschalteten Insolvenzeröffnungsverfahren der vorläufige Insolvenzverwalter die Vertragsfortführung aus den - regelmäßig aus seiner Sicht vorliegenden – (Haftungs-)Gründen ablehnt (s.o.), und gleichfalls der Auftraggeber sich aus den bereits dargestellten haftungs- und insolvenzrechtlichen erheblichen Risiken (namentlich wegen

der drohenden Rechtsfolgen aus § 649 S. 2 BGB bzw. § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B) scheut, den Bauvertrag zu kündigen. In diesem Fall muss der Auftraggeber wertvolle Zeit verstreichen lassen und abwarten, bis entweder der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist (Ziff. 2.2 S. 3 Alt. 1 VB BFV (2008)), oder aber bis im endlich eröffneten Insolvenzverfahren der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Bauvertrags (weiterhin) ablehnt (Ziff. 2.2 S. 3 Alt. 2 VB BFV (2008)). Diese (zeitlich gesehene) Regelungslücke kann dem Auftraggeber erhebliche Mehrkosten verursachen, da er sich in absoluter Ungewissheit befindet, ob und wie der Insolvenzverwalter reagieren wird. In der Regel geht ein Zeitraum von bis zu drei Monaten aufgrund des in diese Zeitspanne zur Verfügung stehenden Insolvenzgeldes vorüber, bis überhaupt eine Entscheidung über die (Nicht-)Eröffnung des Verfahrens erfolgt, wobei sich dieser Zeitraum bei weiterhin vorhandener Liquidität auch länger hinziehen kann. Scheut der Auftraggeber bzw. sein Berater die Erklärung der (jedenfalls freien) Kündigung des Bauvertrags wegen der nicht unerheblichen Risiken zulasten des Auftraggebers (s.o.), wird der Auftraggeber auf die Hoffnung vertröstet, dass zwar zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich bei Ablehnung der Bauvertragserfüllung im eröffneten Insolvenzverfahren der Versicherungseinfall eintritt, dort aber wiederum nicht sämtliche ihm entstandenen Mehrkosten, insbesondere die o.g. Bauzustandsfeststellungs- bzw. Stillstandskosten ersetzt werden.

iii) Kündigung des Bauvertrags durch den Auftraggeber: Eintritt des Versicherungsfalls

Kündigt der Auftraggeber im Insolvenzeröffnungsverfahren „den zu Grunde liegenden Werkvertrag“, so liegt nach Ziff. 2.2 S. 2 VB BFV (2008) „Insolvenz“ i.S.d. Versicherungsbedingungen vor, was zur Folge den Eintritt des Versicherungsfalles nach Ziff. 2.1 VB BFV (2008) hat. Aus praktischer Sicht bewertet, handelt es sich aber um einen eher theoretischen Versicherungsfall, v.a. im Hinblick auf die Rechtsfolgen des § 649 S. 2 BGB beim BGB-Bauvertrag:

(a) Kündigung des BGB-Bauvertrags und deren Rechtsfolgen bzw. Risiken für den Auftraggeber

³³³ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 57.

Im Zusammenhang mit den Kündigungsmöglichkeiten des Auftraggebers bei einem zwischen den Parteien vereinbarten BGB-Bauvertrag ist mit dem oben gefundenen Zwischenergebnis festzuhalten, dass der Auftraggeber - außer der Möglichkeit der freien Kündigung nach § 649 S. 1 BGB mit den für ihn in der Praxis nicht gewollten Rechtsfolgen des § 649 S. 2 BGB, insbesondere bei pauschalierten Vergütungsklauseln - keine rechtssicheren Möglichkeiten hat, speziell wegen der Insolvenz des Auftragnehmers den Bauvertrag zu kündigen. Da e.g. Vergütungsanspruch nach § 649 S. 2 BGB „für den Bauherrn i.d.R. keine Option ist“³³⁴, wird der Auftraggeber in der Praxis regelmäßig auf eine freie Kündigung nach § 649 S. 1 BGB verzichten.

(b) Kündigung des VOB-Bauvertrags und deren Rechtsfolgen bzw. Risiken für den Auftraggeber

Im Gegensatz dazu sind beim VOB-Bauvertrag die Risiken einer auf § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 2 bzw. 4 VOB/B gestützter Kündigung im praktischen Ergebnis wohl deutlich geringer: Zunächst wird auch bezüglich der Kündigungsmöglichkeiten nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 2 VOB/B wegen Insolvenzantragstellung sowie nach § 8 Nr. 2 Alt. 4 VOB/B wegen Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse auf das oben gefundene Zwischenergebnis verwiesen, dass für die Praxis von der Wirksamkeit dieser Kündigungsmöglichkeiten, insbesondere deren Vereinbarkeit mit § 119 InsO bzw. §§ 305 ff. BGB, ausgegangen werden soll. Demnach kann der Auftraggeber bereits im Insolvenzeröffnungsverfahren bzw. spätestens bei Ablehnung der Eröffnung mangels Masse kündigen und in der Folge den Versicherungsfall herbeiführen (wobei der Versicherungsfall auch ohne Kündigung bei Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse gem. Ziff. 2.2 S. 3 Alt. 1 VB BFV (2008) eintritt). In diesem Fall der wirksamen Kündigung des VOB-Bauvertrages durch den Auftraggeber sind nach § 8 Nr. 2 Abs. 2 S. 1 VOB/B i.V.m. § 6 Nr. 5 VOB/B die ausgeführten Leistungen abzurechnen. Dabei kann nur die bis zum Zugang der Kündigung tatsächlich ausgeführte Leistung (Teilwerk) dem Auftragnehmer bzw. dessen Insolvenzverwalter einen Vergütungsanspruch gegen den Auftraggeber geben³³⁵. In diesem sicherlich die Rechtspraxis widerspiegelnden Fall entstehen dem Auftraggeber nahezu keine Mehrkosten. Allerdings muss sich der Auftraggeber (zumindest theoretisch) das Risiko

³³⁴ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 239.

³³⁵ Ingenstau/Korbion/Schmitz, § 8 Nr. 2 VOB/B Rdnr. 26.

einer grundsätzlich denkbaren, höchstichterlichen Rechtsprechungsänderung vor Augen halten (nachdem bisher hauptsächlich Oberlandesgerichte v.a. bezüglich der dort bejahten Wirksamkeit von § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 2 VOB/B entschieden haben, s.o.), dass eine v.a. nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 2 VOB/B erklärte Kündigung aus bisher nur in der Literatur (s.o.) vertretenen Rechtsgründen unwirksam sein könnte und dann ggf. durch Auslegung bzw. Umdeutung als freie Kündigung nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B mit den für den Auftraggeber ungünstigen Rechtsfolgen aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B bewertet werden könnte. In diesem Fall entstünden nicht unerhebliche Mehrkosten dadurch, dass der Auftraggeber als Massenforderungen - neben den Allgemeinen Geschäftskosten etc. - v.a. den Gewinn seitens des Auftragnehmers, ggf. AGB-rechtlich wirksam pauschaliert in einer Größenordnung von 5-10% der Vertragssumme ausgleichen müsste (s.o.).

iv) Ablehnung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse: Eintritt des Versicherungsfalls

Schließlich tritt nach Ziff. 2.2 S. 3 Alt. 1 VB BFV (2008) der Versicherungsfall bei Ablehnung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse ein, dies auch – wie eben ausgeführt - ohne Kündigung des Bauvertrages durch den Auftraggeber. Insoweit könnte der Auftraggeber auf den „sicheren“, aber zeitlich relativ ungewissen Weg verwiesen werden, aus o.g. Rechtsgründen vom Ausspruch einer Kündigung, sei es des BGB-Bauvertrages, sei es des VOB-Bauvertrages, abzusehen, wenn aus gesicherten Erkenntnissen damit gerechnet werden kann, dass letztendlich das Insolvenzverfahren nicht eröffnet werden wird, was aber andererseits vom Auftraggeber eine gewisse Prognosefähigkeit verlangt.

c) Versicherungsfall ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt sich die Deckung dem Grunde nach wie folgt dar:

i) Erfüllung des Bauvertrags durch den Insolvenzverwalter: kein Versicherungsfall

Erfüllt der Insolvenzverwalter den Bauvertrag, ist kein Versicherungsfall gegeben. Es gilt das eben Gesagte, insbesondere in Bezug auf die Nichterstattungsfähigkeit der Mehrkosten

in Form von Bauzustandsfeststellungs-, Stillstands- bzw. Mängelbeseitigungskosten aus vorinsolvenzlichen Mängeln.

ii) Ablehnung der Erfüllung des Bauvertrags durch den Insolvenzverwalter: Eintritt des Versicherungsfalls

Lehnt der Insolvenzverwalter, ggf. nach entsprechender Aufforderung des Auftraggebers, gem. § 103 Abs. 2 InsO die Erfüllung des Bauvertrages ab, so liegt nach Ziff. 2.2 S. 3 Alt. 2 VB BFV (2008) „Insolvenz“ i.S.d. Versicherungsbedingungen und damit ein Versicherungsfall nach Ziff. 2.1 VB BFV (2008) vor. Allerdings ist dieser Versicherungsfall für den Auftraggeber mit einigen Schwierigkeiten gerade wegen des Zeitmoments verbunden, insbesondere bestehen Zweifel an der AGB-rechtlich zu fordernden Transparenz dieser Vorschrift, da aus Sicht des Auftraggebers diese Bestimmung für ihn nicht hinreichend klar und bestimmt sein dürfte: Zum einen regelt sie nicht den Fall bzw. die Rechtsfolgen (wie hingegen § 103 Abs. 2 S. 2 und 3 InsO), dass sich der Insolvenzverwalter nicht ausdrücklich über seine Wahl erklärt. Zum anderen kann auch hier der – zwar sicherlich aus insolvenzrechtlichen Gründen nachvollziehbare (s.o.) – Schwebezustand im Rahmen der dem Insolvenzverwalter zugebilligten Zeitspanne entstehen, dass sich die endgültige Entscheidung des Insolvenzverwalters herauszögern kann. Für den Auftraggeber hingegen tritt hierdurch eine zeitlich unbefriedigende Situation ein, da er – was bereits ausgeführt worden ist – v.a. beim BGB-Bauvertrag bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens praktisch keine Kündigungsmöglichkeiten und damit keine rechtssichere Möglichkeit hat, selbst den Versicherungsfall herbeizuführen, nunmehr aber sich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens weiterhin in der Schwebe befindet, bis endlich der Insolvenzverwalter seine Entscheidung trifft. Geht der Auftraggeber (zu früh) von einer Ablehnung des Insolvenzverwalters aus, treffen ihn insolvenzrechtlich die Darlegungs- und Beweislast hierfür und damit ein gewisses (Prozess-)Risiko (s.o.). Fraglich ist dann, ob im Falle einer rechtskräftigen Entscheidung dieser insolvenzrechtlichen Frage zulasten des Auftraggebers diese Entscheidung sich auch auf die deckungsrechtliche Ebene auswirkt mit der Folge, dass sich u.U. der Versicherer auf das Nichtvorliegen einer „Ablehnung“ i.S.v. Ziff. 2.2 S. 3 Alt. 2 VB BFV (2008) berufen kann. Ein solches Risiko sowie die aus hiesiger Sicht unangemessen lange Zeitspanne, in der letztendlich der Auftraggeber weder aus insolvenz- noch versicherungsrechtlicher Sicht Rechtssicherheit hat, ob nunmehr der für ihn günstige Versicherungsfall eingetreten ist,

stellen eine gewisse Regelungslücke dar und sollten – dazu später – zugunsten des Auftraggebers transparenter gestaltet werden.

iii) Kündigung des Bauvertrags durch den Auftraggeber: Eintritt des Versicherungsfalls

Für das (eröffnete) Insolvenzverfahren nennt zwar Ziff. 2.2 VB BFV (2008) nicht explizit als Insolvenzgrund die Kündigung des Bauvertrages, doch muss sich dies aus einem Erstrecht-Schluss aus der Kündigungsmöglichkeit nach Ziff. 2.2 S. 1 und 2 VB BFV (2008) bereits im Zeitpunkt des Insolvenzeröffnungsverfahrens ergeben. Demnach ist der Eintritt des Versicherungsfalls auch bei Kündigung des Bauvertrages im Insolvenzverfahren zu bejahen. Weiterhin dürfte sich die v.a. beim BGB-Bauvertrag stehende Problematik dadurch versicherungsrechtlich entschärfen, dass der Versicherungsfall bereits bei Ablehnung der Erfüllung des Bauvertrages durch den Insolvenzverwalter eintritt, ohne dass es dann einer weiteren Kündigung durch den Auftraggeber bedarf. Dies gilt auch für die - mit oben gefundenen Zwischenergebnis zu bejahende – Frage der Vereinbarkeit von § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 3 VOB/B mit § 119 InsO bzw. § 307 BGB. Allerdings werden diese Rechtsfragen bzw. die damit verbundenen, oben beschriebenen Risiken aus Sicht des Auftraggebers dann wieder relevant, wenn dem Auftraggeber ein Zuwarten nach § 103 Abs. 2 InsO aus Zeitgründen nicht zumutbar ist und er unbedingt den Bauvertrag kündigen muss bzw. will. In diesem Fall dürfte allerdings beim BGB-Bauvertrag i.d.R. die Kündigungsoption nach § 649 S. 1 BGB mit der oben beschriebenen Rechtsfolge nach § 649 S. 2 BGB ausgeschlossen sein, während die Kündigungsmöglichkeit nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 3 VOB/B nach der hier vertretenen Auffassung in der Praxis dem Auftraggeber zustehen dürfte.

4. Dauer des Versicherungsschutzes und Abnahme nach Ziff. 5 VB BFV (2008)

Den Beginn des Versicherungsschutzes legt Ziff. 5.1 VB BFV (2008) - unter dem Vorbehalt der vertragsgemäßen Beitragszahlung - „zu dem im Versicherungsschein angegebenen Zeitpunkt, spätestens mit dem tatsächlichen Beginn der vertraglich geschuldeten Bauarbeiten durch den Versicherungsnehmer“ fest. Das Ende des Versicherungsschutzes tritt nach Ziff. 5.2 VB BFV (2008) entweder mit der Abnahme (in Form einer förmlichen Schlussabnahme bzw. einer Ingebrauchnahme) und der Fertigstellung der im Abnahmeprotokoll bzw. Begehungsprotokollen aufgeführten, noch zu erledigenden Restarbeiten bzw. der Beseitigung der im Abnahmeprotokoll festgehaltenen Mängel (bis spätestens 6 Monaten

nach der Abnahme) ein, oder – wenn keine Abnahme erfolgt – 12 Monate nach Fertigstellung des versicherten Bauvorhabens.

II. Deckung der Höhe nach

Ist der Eintritt des Versicherungsfalles und damit die Deckung dem Grunde nach gegeben, stellt sich die Frage bezüglich der Deckung der Höhe nach:

1. Umfang des Versicherungsschutzes nach Ziff. 3 VB BFV (2008)

Nach Ziff. 3.1 VB BFV (2008) „umfasst der Versicherungsschutz die Prüfung sowie die Befriedigung berechtigter Fertigstellungs- und Mängelbeseitigungsansprüche gegen den Versicherungsnehmer“, wobei nach der bisherigen Ziff. 3.2 VB BFV (2005) (sozusagen als zukünftige „Faustformel“ für die maximale Leistungshöhe) „der Umfang der vom Versicherer geschuldeten Leistung höchstens 20% der vertraglichen Bausumme inklusive Mehrwertsteuer beträgt, soweit im Versicherungsschein nichts Abweichendes vereinbart worden ist“, nunmehr nach Ziff. 3.2 VB BFV (2008) sich der Versicherer dies prinzipiell offen hält („Für den Umfang der vom Versicherer geschuldeten Leistung bildet die im Versicherungsschein vereinbarte Versicherungssumme die Obergrenze.“). Während die bisherige Ziff. 3.1 VB BFV (2005) lediglich „Fertigstellungsansprüche“, nicht aber Mängelbeseitigungsansprüche, welche aber aus dem Gesamtzusammenhang aus der Definition in 5.1 VB BFV (2005) bezüglich der „vertragsgerechten Erbringung der geschuldeten Leistung“ in Form der „Fertigstellung“ und auch der „Mängelbeseitigung“ umfasst sein mussten, erwähnt hatte, stellt nunmehr Ziff. 3.1 VB BFV (2008) klar, dass von der Baufertigstellungsversicherung neben den „originären“ Fertigstellungskosten auch die Mängelbeseitigungskosten aus vorinsolvenzlichen Baumängeln ersetzt werden. Dies entspricht auf haftungsrechtlicher Ebene beim VOB-Bauvertrag der Regelung in § 4 Nr. 7 S. 1 VOB/B (s.o.), nach der jederzeit eine Mängelbeseitigung verlangt werden kann, und geht damit über die beim BGB-Bauvertrag noch nicht endgültig geklärte Rechtsfrage hinaus, ob die Mängelbeseitigung nicht nur schon vor der Abnahme, sondern auch – wie praktisch in der Insolvenz – sogar vor Ablauf des geschuldeten Fertigstellungstermin verlangt werden kann. Dies hat für den Auftraggeber natürlich den Vorteil, dass er diese Mängelansprüche nicht – wie es sonst mangels Bestehens einer Baufertigstellungsversicherung der Fall wäre – lediglich als einfache Insolvenzforderung ohne Aussicht auf nur annähernde Befriedigung anmelden müsste. Bezüglich der Höhe der (in der Versicherungspraxis auch zukünftig vorzufinden-

den) Deckungssumme von „(höchstens) 20% der vertraglichen Bausumme inklusive Mehrwertsteuer“ ist – im Gegensatz zur regelmäßigen Höchstsumme der Vertragserfüllungsbürgschaft von lediglich 5% bis maximal 10% der Auftragssumme - festzuhalten, dass damit die Deckungssumme deutlich höher als bei einer Bürgschaft und auch so bemessen ist, dass sie die Mehrkosten in aller Regel decken wird, was auch in der Baupraxis bislang der Fall gewesen sein soll³³⁶.

2. Entschädigungsleistungen des Versicherers nach Ziff. 6 VB BFV (2008)

In Ziff. 6 VB BFV (2008) werden im Wesentlichen der Umfang (einschließlich der Anrechnung bestimmter Kosten), die Auszahlungsvoraussetzungen und die Fälligkeit der an den Auftraggeber zu erstattenden „Entschädigungsleistungen des Versicherers“ definiert:

a) Mehrkostenerstattungsanspruch nach Ziff. 6.1 und 6.2 S. 1 Hs. 1 VB BFV (2008)

Nach Ziff. 6.1 VB BFV (2008) „erstattet der Versicherer im Versicherungsfall (vgl. Ziff. 2) die möglichen Mehrkosten für die vertragsgerechte Erbringung der geschuldeten Leistung (Fertigstellung oder Mängelbeseitigung) im Rahmen der im Versicherungsschein dokumentierten Versicherungssumme (vgl. Ziff. 3.2), unter Anrechnung der in der nachfolgenden Ziff. 6.2 genannten Beträge (Merkostenerstattung)“. Nach Ziff. 6.2 S. 1 Hs. 1 VB BFV (2008) „richtet sich die Entschädigungsleistung des Versicherers nach der Höhe der Kosten, die zur Erfüllung des ursprünglichen Bauvertrages entstehen“. Hinsichtlich dieses Grundsatzes ist klarzustellen, dass sich der Mehrkostenerstattungsanspruch ausschließlich an dem „ursprünglichen“ Bauvertrag und damit am „im Versicherungsvertrag [erg.: ursprünglich] bestimmten Bauvorhaben“ i.S.v. Ziff. 1.1 VB BFV (2008) orientiert, was im Ergebnis zu einer Deckungseinschränkung führt (s.u.).

b) (Keine) Anrechnung bestimmter Beträge nach Ziff. 6.2 VB BFV (2008)

Ziff. 6.2 S. 1 Hs. 2 bis S. 3 VB BFV (2008) regeln die (nicht) zu erfolgende Anrechnung bestimmter Beträge, wobei insgesamt diese Regelung sowohl vom formalen Aufbau her als auch von den zu unklaren inhaltlichen Einschränkungen gerade aus Sicht des die Entschä-

³³⁶ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 238 und 243 (mit Hinweis auf eine diesbezüglich beim Bauspezialversicherer VHV Vereinigte Hannoversche Versicherung a.G. eingeholte Auskunft).

digungsleistung (u.U. nicht) empfangenden Auftraggebers nicht gerade sonderlich transparent ist:

i) Anrechnung von Sowiesokosten nach Ziff. 6.2 S. 1 Hs. 2 VB BFV (2008)

Nach Ziff. 6.2 S. 1. Hs. 2 VB BFV (2008) richtet sich vom Grundsatz her der Mehrkostenersatzanspruch nach der Höhe der Kosten, die zur Erfüllung des ursprünglichen Bauvertrags entstehen, „abzüglich der Teilbeträge des diesem Versicherungsvertrag zu Grunde liegenden Bauvertrages, die der Auftraggeber (Bauherr) nach dem Zahlungsplan des Unternehmers noch hätte zahlen müssen (Sowiesokosten)“.

(a) Widerspruch zwischen Ziff. 6.2 S. 1 Hs. 2 VB BFV (2008) und Ziff. 7.4 VB BFV (2008) in Bezug auf die „Sowiesokosten“

Allerdings besteht ein Widerspruch zwischen der e.g. Verwendung des Begriffs der „Sowiesokosten“ i.S.d. Ziff. 6.2 S. 1 Hs. 2 VB BFV (2008) und der – offensichtlich im zivilrechtlichen Sinne gemeinten – Definition der „Sowiesokosten“ im Ausschlusstatbestand der Ziff. 7.4 VB BFV (2008), wonach „Ansprüche wegen Sowiesokosten, d.h. von Kosten, die bei ordnungsgemäßer Leistungserfüllung von vornherein angefallen wären, nicht versichert sind“. Nach letztgenanntem Ausschlusstatbestand bleiben bei der Bemessung der Entschädigungsleistung demnach die Kosten außer Betracht, die der Auftraggeber bei ordnungsgemäßer Leistungserbringung ohnehin hätte erbringen müssen, wobei es sich um den o.g. zivilrechtlichen Vorteilsausgleich handelt. Dieser Ausschluss ist angesichts der Zielsetzung der Baufertigstellungsversicherung, nur die originären Mehrkosten abzusichern, durchaus sachgerecht³³⁷. Problematisch ist aber die Behandlung der Kosten, die über die vereinbarte Vergütung hinaus vom Auftraggeber zu übernehmen sind, weil sich Mängel nur durch eine Erweiterung der vereinbarten Leistung beheben lassen und dieses Risiko vom Auftragnehmer nicht übernommen wurde. Obwohl der Begriff der „Sowiesokosten“ in Ziff. 7.4 VB BFV (2008) jedenfalls aus zivilrechtlicher Sicht eindeutig ist, bestehen über seine Auslegung im Rahmen der Versicherungsbedingungen Zweifel, da Ziff. 6.2 S. 1 Hs. 2 VB BFV (2008) unter dem dortigen Begriff „Sowiesokosten“ etwas Anderes meint, nämlich den Betrag, „den der Auftraggeber (Bauherr) nach dem Zahlungsplan des Unternehmers noch hätte zahlen müssen (Sowiesokosten)“. Wenn aber in diesem Zahlungsplan die

³³⁷ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 241.

Sowiesokosten nicht berücksichtigt wurden, so fallen sie nicht unter die Regelung der Ziff. 6.2 S. 1 Hs. 2 VB BFV (2008) mit der für den Auftraggeber äußerst günstigen Folge, dass keine Anrechnung auf die Mehrkosten erfolgt. Nach dieser reinen Wortlautauslegung müsste im Ergebnis der Versicherer diese Kosten tragen³³⁸. Hiergegen kann zwar der eigentlich leistungspflichtige Versicherer einwenden, dass Ziff. 7.4 VB BFV (2008) nicht auf die vertragliche Leistung abstellt, sondern auf die „ordnungsgemäße Leistungserfüllung“. Im Ergebnis ist aber festzuhalten, dass wegen dieser Widersprüchlichkeit eine Unklarheit in den Versicherungsbedingungen besteht, die möglicherweise wie folgt zu lösen ist:

(b) AGB-rechtliche Auflösung des Widerspruchs zulasten des Versicherers?

Fraglich ist, wie diese Unklarheit nach AGB-rechtlichen Grundsätzen im Rahmen des speziellen versicherungsrechtlichen Dreiecksverhältnisses zwischen dem Versicherer als Verwender der Versicherungsbedingungen, dem Auftragnehmer als Versicherungsnehmer und damit Vertragspartner i.S.v. §§ 305 ff. BGB und schließlich dem Auftraggeber als im Vollzugsverhältnis zum Versicherer lediglich Drittbegünstigter zu behandeln ist. Würde man die Betrachtung ausschließlich auf das Deckungsverhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer beschränken, betreffen eigentlich aus rein wirtschaftlicher Sichtweise die Entschädigungsleistung des Versicherers in der Abwicklung des in Insolvenz geratenen Auftragnehmers diesen überhaupt nicht mehr; argumentativ könnte dann - streng formal auf dieses Deckungsverhältnis begrenzt - angeführt werden, dass überhaupt keine Regelung zulasten des Vertragspartners, d.h. Auftragnehmers vorliege und damit überhaupt keine AGB-rechtliche Prüfung notwendig sei. Allerdings kann sich nicht mit diesem Argument der Versicherer als Verwender der Versicherungsbedingungen einer AGB-rechtlichen Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB, hier insbesondere nach § 305c Abs. 2 BGB entziehen. Der Auftragnehmer als Versicherungsnehmer schließt gerade einen Vertrag zugunsten des Auftraggebers als Dritten ab, so dass es gerade im Interesse des Auftragnehmers als Vertragspartner ist, dass im Versicherungsfall, womit er letztendlich für dieses Sicherungsinstrument werbend auf dem Markt auftritt, dem Auftraggeber ein AGB-rechtlich transparentes und wirksames Forderungsrecht zustehen muss. Aus dieser Überlegung heraus muss der Grundsatz aus § 305c Abs. 2 BGB auch im Vollzugsverhältnis zwischen Dritten und Versicherer Anwendung finden, dass Zweifel bei der Auslegung des in den Versicherungsbedin-

³³⁸ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 242.

gungen jeweils unterschiedlich verwendeten Begriffs der „Sowiesokosten“, welche nach Ausschöpfung der in Betracht kommenden o.g. zwei rechtlich vertretbaren Auslegungsmöglichkeiten nicht behebbar sind, zulasten des Verwenders und damit des Versicherers gehen müssen³³⁹, zumal der Bauspezialversicherer auch nicht in seinen neu überarbeiteten VB BFV (2008) diese schon in Ziff. 5.2 S. 1 Hs. 2 VB BFV (2005) bestehende Unklarheit beseitigt hat³⁴⁰.

ii) Keine Anrechnung bestimmter (Werklohn-)Forderungen nach Ziff. 6.2 S. 2 VB BFV (2008)

Hingegen sind nach Ziff. 6.2 S. 2 VB BFV (2008) „Werklohnforderungen, die nach dem Zahlungsplan des Unternehmers bereits fällig gewesen, vom Auftraggeber (Bauherrn) aufgrund von Einbehalten wegen Mängeln, Schadensersatzforderungen o.ä. jedoch nicht gezahlt worden sind, bei der Feststellung von Mehrkosten zu berücksichtigen“. Sie stellen damit zu erstattende Mehrkosten dar. Dies hat für den Auftraggeber v.a. den Vorteil, dass er gerade bei einer im Zeitpunkt der Insolvenz schon mangelhaften Leistung und einem deshalb vorgenommenen Einbehalt diese einbehaltenen Kosten bis zu der Höhe als Mehrkosten ersetzt bekommt, die nach dem Zahlungsplan des ursprünglichen Bauvertrags bereits fällig gewesen wären.

iii) Anrechnung bestimmter (Schadensersatz-)Forderungen nach Ziff. 6.2 S. 3 VB BFV (2008)

Im Gegensatz dazu wiederum „bleiben Schadensersatzansprüche und andere Forderungen des Auftraggebers (Bauherrn) gegen den Versicherungsnehmer hingegen bei der Feststellung von Mehrkosten unberücksichtigt“, vgl. Ziff. 6.2 S. 3 VB BFV (2008). Dies bedeutet Folgendes: Wie bereits dargestellt, können den Auftraggeber Mehrkosten durch mittelbare Schäden bzw. Verzögerungsschäden treffen (beispielsweise wenn der Auftraggeber wegen der Bauinsolvenz und den Verzögerungen nicht in sein Eigenheim einziehen kann und deshalb neben den Finanzierungskosten und zusätzlichen Bereitstellungszinsen auch Miete zahlen muss, dem Auftraggeber Mieteinnahmen entgehen oder bei einem gewerblichen Bau ein Betriebsausfallschaden entstanden ist). Solche Schadensersatzforderungen ersetzt

³³⁹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 242.

³⁴⁰ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 242.

die Baufertigstellungsversicherung gerade nicht (u.U. aber eine Vertragserfüllungsbürgschaft). Weiterhin werden nicht Schadensersatzansprüche anderer am Bau beteiligter Unternehmen ersetzt (wenn beispielsweise aufgrund insolvenzbedingter Verzögerungen deren Maschinen stillstanden oder ihnen aus sonstigen Gründen Schadensersatzansprüche zustehen). Insoweit eignet sich die Baufertigstellungsversicherung weniger für Projekte, die nicht „aus einer Hand“ gebaut werden, weil solche, wegen der Bauverzögerung an andere Unternehmen haftungsrechtlich zu leistende Entschädigungen gerade nach Ziff. 6.2 S. 3 VB BFV (2008) ausgeschlossen sind. Ebensowenig sind von der Baufertigstellungsversicherung die dem Auftraggeber möglicherweise entstandenen Kosten zur Bezifferung seiner Schadensersatzforderungen in Form von Feststellungskosten hinsichtlich des Bauzustandes (sofern dieser nicht bereits nach Ziff. 6.4 VB BFV (2008) durch einen vom Versicherer beauftragten Sachverständigen festgestellt worden ist) sowie aufgelaufene Stillstandskosten erfasst (vgl. auch Ziff. 7.1 VB BFV (2008))³⁴¹.

c) Fälligkeit und Erstattung der Entschädigungsleistungen an den Auftraggeber nach Ziff. 6.3 sowie Ziff. 10.5 und 10.6 VB BFV (2008)

Nach Ziff. 6.3 VB BFV (2008) wird „die Entschädigungsleistung des Versicherers mit Nachweis der Ausführung der fehlenden Bauleistung (Fertigstellung) oder der Beseitigung von Mängeln durch Dritte, sowie dem Nachweis der hieraus tatsächlich resultierenden Mehrkosten i.S.d. Ziff. 6.2 durch Zahlung an den mit der Fertigstellung oder Mängelbeseitigung beauftragten Dritten durch den Auftraggeber (Bauherrn) fällig. Die Erstattung der nachgewiesenen fälligen Beträge an den Bauherrn erfolgt dann binnen einer Frist von 2 Wochen. Auf Verlangen wird vom Versicherer eine Kostenübernahmeerklärung ausgestellt, sobald der Grund und die Höhe des Anspruches auf Entschädigung vollständig festgestellt sind“ (vgl. auch Ziff. 10.6 VB BFV (2008)). Dazu ergänzend hat gem. Ziff. 10.5 S. 3 VB BFV (2008) „der Auftraggeber (Bauherr) dem Versicherer den Anfall von Mehrkosten (vgl. Ziff. 6.2), die tatsächliche Ausführung der fehlenden Bauleistung durch Dritte (Fertigstellung oder Mängelbeseitigung) sowie die Zahlung des Werklohnes an den mit der Fertigstellung oder Mängelbeseitigung beauftragten Dritten nachzuweisen“. Diese vorgesehene Handhabung der Abrechnung der Fertigstellungsmehrkosten ist v.a. für den privaten Auf-

³⁴¹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 240.

traggeber „sehr verbraucherfreundlich“³⁴², da der Versicherer auf Verlangen des Auftraggebers eine Kostenübernahmeerklärung abgibt, so dass die Finanzierung der Mehrkosten durch den Bauherrn relativ unproblematisch ist, wobei auch eine Direktzahlung in Form der in der Praxis eingeräumten Möglichkeit der Direktabrechnung des Versicherers mit dem Ersatzunternehmer vereinbar sei³⁴³. Dabei ist – wie bereits oben ausgeführt – die regelmäßig vorgesehene Deckungssumme mit bis zu 20% der vertraglichen Bausumme inklusive Umsatzsteuer deutlich höher als bei einer (üblicherweise in der Praxis verwendeten) Vertragserfüllungsbürgschaft und demnach so bemessen, dass diese Deckungssumme die Mehrkosten in aller Regel abdecken müsste, was nach den Erfahrungen der Versicherungswirtschaft noch in keinem Fall überschritten worden sei³⁴⁴. Weiterhin erfolgt – im Gegensatz zum französischen, in der Praxis nicht selten rechtsmissbräuchlich durchgeführten Abrechnungsmodell (s.o.) – eine Zweckbindung der Versicherungsleistung durch den Umstand, dass die Versicherungsleistung erst aufgrund eines überprüfbaren Nachweises der tatsächlichen Ausführung der Bauleistungen zur Fertigstellung bzw. Mängelbeseitigung durch einen Drittunternehmer sowie gem. Ziff. 6.3 S. 1 VB BFV (2008) durch den „Nachweis der hieraus tatsächlich resultierenden Mehrkosten i.S.d. Ziff. 6.2 VB BFV (2008) durch Zahlung an den (...) beauftragten Dritten“ zur Verfügung gestellt wird. Zunächst mag es zwar schwer fallen, eine solche Zweckbindung als positiven mittelbaren Effekt zu bewerten, da sicherlich eine uneingeschränkte Verwendungsmöglichkeit der Versicherungsleistung dem Auftraggeber vielmehr Optionen offen ließe. In diesem Fall würde sich aber zum einen die aus der (Verkehrsunfall-)Schadensregulierungspraxis bekannte Problematik stellen, ob und wie auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens fiktiv abgerechnet werden darf, insbesondere wenn der Auftraggeber nach Erstattung der Entschädigungsleistung anderweitig und v.a. günstiger (und ggf. nicht nach den anerkannten Regeln der Technik bzw. – in der Praxis durchaus relevant – durch Schwarzarbeit) die Baufertigstellung herbeiführen würde. Um sich diesbezüglich Regulierungsstreitigkeiten zwischen Versicherer und Auftraggeber letztendlich ersparen zu können, wird dem Auftraggeber die Pflicht aufgegeben, entweder „für jedes auszuführende Gewerk mindestens zwei verschiedene Angebote einzuholen oder die voraussichtlichen Kosten der Werkleistung mit dem vom

³⁴² Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 238.

³⁴³ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 238 und 243.

³⁴⁴ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 238.

Versicherer beauftragten Sachverständigen abzusprechen“ (vgl. Ziff. 10.5 VB BFV (2008)). Erst bei tatsächlichem Nachweis der erfolgten Zahlungen des Werklohns an den mit der Fertigstellung beauftragten Dritten wird dann die Höhe dieser Kosten erstattet. Zum anderen ist die Zweckbindung der Versicherungsleistung v.a. bei Wohnungseigentümergeinschaften vorteilhaft und gerade für den einzelnen Wohnungseigentümer interessant, da im Gegensatz dazu Leistungen aus einer Vertragserfüllungsbürgschaft nicht zweckgebunden sind, sondern - was die Praxis immer wieder zeigt - anderweitig verwendet werden (können)³⁴⁵. Sind diese (Nachweis-)Voraussetzungen erfüllt, erfolgt nach Ziff. 6.3. S. 2 VB BFV (2008) die Erstattung der nachgewiesenen fälligen Beträge an den Auftraggeber binnen einer Frist von zwei Wochen.

III. Deckungsausschlüsse bzw. -einschränkungen

Neben den in Ziff. 7 VB BFV (2008) explizit genannten Deckungsausschlüssen ist die Deckung dieses Sicherungsinstruments in nachfolgenden Punkten ausgeschlossen bzw. eingeschränkt:

1. Nicht versicherte Tatbestände nach Ziff. 7 VB BFV (2008)

a) Folgekosten aufgrund nicht (vertragsgerecht) erbrachter Bauvertragsleistungen nach Ziff. 7.1 VB BFV (2008)

Nach Ziff. 7.1 VB BFV (2008) sind „Folgekosten aufgrund nicht oder nicht vertragsgerecht erbrachter Bauvertragsleistungen, wie z.B. Vertragsstrafen, Schadensersatzansprüche oder Verzugsschadensleistungen, nicht versichert“:

i) Vertragsstrafe

Neben der Druckfunktion hat die Vertragsstrafe auch den Zweck, den durch die Nichteinhaltung von Fertigstellungs- bzw. Zwischenterminen entstandenen Schaden zu pauschalisieren (beispielsweise wenn der Auftraggeber wegen der Fristüberschreitung seine bisher gemietete, privat oder geschäftlich genutzte Immobilie aufgrund des gekündigten Mietvertrages räumen muss und dadurch Kosten für eine Übergangslösung anfallen). Dieses Risiko ist von der Baufertigstellungsversicherung nicht gedeckt. Hiergegen kann möglicherweise

³⁴⁵ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 244.

entweder eine Kombination der Baufertigstellungsversicherung mit einer zusätzlich vereinbarten Vertragsstrafe helfen (s.u.), wobei allerdings im Insolvenzfall eine Vertragsstrafe wenig hilfreich, da sie zur Insolvenzforderung wird und allenfalls wirtschaftlich werthaltig im Rahmen eines Verrechnungs- bzw. Aufrechnungsverhältnisses wird, was aber wiederum entsprechende Vergütungsansprüche des insolventen Auftragnehmers voraussetzt³⁴⁶; oder aber es erfolgt eine Sicherung über eine Vertragserfüllungsbürgschaft, welche auch die Vertragsstrafe (sowie den Verzugs- bzw. Verzögerungsschaden des Auftraggebers) umfasst³⁴⁷.

ii) Schadensersatzansprüche bzw. Verzugsschadensleistungen

Neben dem in Ziff. 6.2 S. 3 VB BFV (2008) bereits erwähnten Deckungsausschluss (s.o.) stellt Ziff. 7.1 VB BFV (2008) nochmals klar, dass Schadensersatz- bzw. Verzugsschadensansprüche, sei es aus unmittelbaren, sei es aus mittelbaren Verzögerungsschäden (s.o.), gerade nicht von der Baufertigstellungsversicherung umfasst sind. Im Gegensatz zur Vertragserfüllungsbürgschaft erweist sich diese fehlende Absicherung der Verzögerungsschäden als „negativ“³⁴⁸, ebenso die Nichterstattung der Kosten für die Entschädigung anderer baubeteiligter Unternehmer (s.o.), welche i.S.v. Ziff. 7.1 VB BFV (2008) typische „Folgekosten aufgrund nicht erbrachter Bauvertragsleistungen“ des Auftragnehmers sind³⁴⁹.

b) Kosten aufgrund nicht vereinbarungsgemäßer Teilzahlungen nach Ziff. 7.2 VB BFV (2008)

Nach Ziff. 7.2 VB BFV (2008) sind „Kosten, die aufgrund nicht vereinbarungsgemäßer Teilzahlungen entstanden sind (z.B. zu frühe Teilzahlung), nicht versichert“. Hat demnach der Auftraggeber Teilzahlungen früher als nach dem Zahlungsplan vorgesehen erbracht, so entstehen im Insolvenzfall Mehrkosten, weil die bereits vergüteten Leistungen noch ein zweites Mal vergütet werden müssen. Diese Mehrkosten sind demnach von der Deckung ausgeschlossen. In der Praxis dürfte sich aber diese Situation entschärfen, weil der Auftraggeber i.d.R. keine zu frühen Teilzahlungen leisten wird, da die Baufertigstellungsversicherung durch den Versicherer erst nach Vorlage eines näher geprüften Zahlungsplanes und

³⁴⁶ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 239.

³⁴⁷ BGH NJW-RR 1980, 811.

³⁴⁸ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 243.

³⁴⁹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 243.

der dort sehr detailliert geregelten Frage der Abschlagszahlungen gewährt wird. Insoweit müsste es für den Auftraggeber i.d.R. ohne Weiteres erkennbar sein, wenn er in Abweichung von dem Zahlungsplan zu früh Teilzahlungen erbringen würde. Im Gegensatz dazu könnte eine Vertragserfüllungsbürgschaft nach der Rechtsprechung des BGH³⁵⁰ grundsätzlich auch wegen der Rückforderung von zu früh geleisteten Voraus- bzw. Abschlagszahlungen in Anspruch genommen werden. Auch wenn damit der Schutz der Baufertigstellungsversicherung hinter dem einer Bürgschaft zurückbleibt, scheint die Klausel doch angemessen zu sein, da es bei nüchterner Betrachtung keinen Grund gibt, warum ein Auftraggeber, der vorzeitige Zahlungen vornimmt, im Insolvenzfall besser als andere Kreditgeber stehen sollte³⁵¹. In der Praxis allerdings befindet sich v.a. der private Auftraggeber in einer sehr schwierigen Situation, wenn der Auftragnehmer ihn vor die Wahl stellt, die Zahlungen vorzuziehen oder aber umgehend den Bau einzustellen. Dieses Risiko ist nicht von der Baufertigstellungsversicherung gedeckt. Die Konsequenz daraus sollte sein, dass frühere Abschlagszahlung wegen der im Vergleich zu einer Vertragserfüllungsbürgschaft geringeren Sicherheit nur mit besonderer Vorsicht geleistet werden sollten, eventuell durch Einschaltung des Versicherers bzw. Sachverständigen bei sich abzeichnender (materieller) Insolvenz des Auftragnehmers.

c) Kosten aufgrund Überzahlungen nach Ziff. 7.3 VB BFV (2008)

Problematischer ist der Fall, dass eine Überzahlung eintritt, weil die vom Auftragnehmer erbrachten Leistungen hinter dem zurückbleiben, was nach dem Zahlungsplan zu erbringen war. In diesem Fall ist dem Auftraggeber die Abweichung vom Zahlungsplan nicht bewusst, vielmehr ist er der Meinung, die Leistungen seien vollständig und ordnungsgemäß erbracht. Solche Überzahlungen sind nach Ziff. 7.3 VB BFV (2008) nicht versichert. Für den Auftraggeber kommt verschärfend hinzu, dass nach Ziff. 6.4 VB BFV (2008) der Versicherer im Versicherungsfall einen Sachverständigen mit der Feststellung des Bauten-Ist-Zustandes und „der hieraus ggf. abzuleitende Überzahlungen“ beauftragt. Allerdings steht dieser Deckungsausschluss im Widerspruch zu der durchgehenden gutachterlichen Baubegleitung des versicherten Bauvorhabens „durch einen vom Versicherer bestimmten Bau-sachverständigen in Form von Baustellenbegehungen, die nach Abschluss bestimmter

³⁵⁰ BGH BauR 1988, 222.

³⁵¹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 242.

Bauphasen durchgeführt werden“ (Ziff. 8.1 VB BFV (2008)): Denn nach Ziff. 8.1.3 VB BFV (2008) wird während der gesamten Bauphase die Dokumentation des Bausachverständigen ausschließlich gegenüber dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer durchgeführt, nicht aber gegenüber dem drittbegünstigten Auftraggeber. Dieser hat jedenfalls explizit aus den Versicherungsbedingungen kein Auskunftsrecht, die Dokumentationen gerade im Hinblick auf den tatsächlichen Bauzustand zu erhalten. Insoweit dürfte es zweifelhaft, wenn nicht (im Rahmen einer AGB-rechtlichen Kontrolle) sogar unangemessen sein, wenn sich angesichts dieses Informations- und Wissensgefälles der Versicherer einerseits gegenüber dem Auftraggeber auf den Deckungsausschluss nach Ziff. 7.3 VB BFV (2008) berufen könnte, der Auftraggeber habe eine unvollständige oder – was der Bausachverständige auch zu dokumentieren hat – mangelhafte Teilleistung durch Abschlagszahlungen vergütet und damit überzahlt, andererseits aber dem Auftraggeber keinerlei Auskunftsansprüche einräumt³⁵². Jedenfalls dann, wenn der Auftraggeber ein privater Bauherr ist, welchem in keinsten Weise das technische (Überprüfungs- etc.) Know-how eines gewerblich handelnden bzw. öffentlichen Auftraggebers zusteht, ist Ziff. 7.3 VB BFV (2008) wegen widersprüchlichen Verhaltens des Verwenders nach hiesiger Auffassung als eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB anzusehen und damit als Deckungsausschluss unwirksam.

d) Sowiesokosten nach Ziff. 7.4 VB BFV (2008)

Schließlich sind explizit nach Ziff. 7.4 VB BFV (2008) die (klassischen) zivil- bzw. baurechtlichen „Sowiesokosten, d.h. Kosten, die bei ordnungsgemäßer Leistungserfüllung von vornherein angefallen wären“, von der Deckung ausgeschlossen (s.o.).

2. Weitere Deckungseinschränkung bei Leistungserweiterungen und Leistungsänderungen

Weitere Deckungseinschränkungen ergeben sich für den Fall von zusätzlichen bzw. geänderten Leistungen des Auftragnehmers (wobei bei nachfolgenden Überlegungen davon ausgegangen wird, dass die Änderungen bzw. Erweiterungen vom Auftragnehmer - unabhängig von einem auch einseitigen Anordnungsrecht des Auftraggebers, beispielsweise aus § 1 Nr. 4 VOB/B - akzeptiert und dokumentiert wurden): Nach Ziff. 6.2 S. 1 VB BFV

³⁵² Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 243.

(2008) richten sich die Entschädigungsleistungen des Versicherers ausschließlich nach den Kosten, die zur Erfüllung des „ursprünglichen Bauvertrages“ entstehen, welcher nach Ziff. 1.1 VB BFV (2008) dem Versicherungsvertrag bezüglich des dort genau, ursprünglich bestimmten Bauvorhabens zu Grunde liegt. Auch wenn dies nicht explizit - wie nunmehr in Ziff. 1.1 S. 2 VB BGV (2008) - in Ziff. 1.1 VB BFV (2008) erwähnt wird, sind aus dem Gesamtzusammenhang Leistungserweiterungen und -änderungen als Mehrkostenerstattungsanspruch (vorbehaltlich eines vertraglichen späteren Einschlusses) ausgeschlossen, und stellen - sofern man das Risiko der Leistungsänderung auch von der Vertragserfüllungsbürgschaft als umfasst ansieht (s.u.) - im Gegensatz dazu eine weniger flexible und damit „starrere Lösung“³⁵³ dar. Dies kann v.a. bei Leistungsänderungen zu erheblichen Problemen führen, da die Versicherungsleistung nach Ziff. 6.3 S. 1 VB BFV (2008) erst mit dem Nachweis der Ausführung der „fehlenden Bauleistung“ durch einen Dritten fällig wird. Ob gerade diese ursprünglich vereinbarte Leistung aus dem Bauvertrag ausgeführt wurde, ist dann zweifelhaft, wenn der ursprüngliche Vertrag den Bau eines kleineren Teilwerkes vorsah (z.B. lediglich eines Carports), dann aber während der Bauphase ein größeres Teilwerk zwischen den Bauvertragsparteien (z.B. zweitorige Garage) vereinbart wurde. Vom Wortlaut der Versicherungsbedingungen her müsste der Auftraggeber wieder auf seinen ursprünglichen Plan zurückkommen, um die Versicherungsleistung zu erhalten, was nicht sonderlich praxisrelevant ist, da dies in den meisten Fällen aufgrund geschaffener Tatsachen bautechnisch nicht mehr möglich ist bzw. mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre³⁵⁴. Zwar hat sich im Versicherungsfall der Auftraggeber nach Ziff. 10.5 S. 1 VB BFV (2008) prinzipiell mit dem vom Versicherer beauftragten Sachverständigen „abzusprechen“ und kann dann möglicherweise mit Zustimmung des Versicherers eine Erstattung der leistungserweiternden Mehrkosten herbeiführen. Allerdings hat der Auftraggeber hierauf keinen Anspruch. Insoweit verbleibt nach den Versicherungsbedingungen ein deckungseinschränkendes Risiko auf Seiten des Auftraggebers³⁵⁵.

³⁵³ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 241 und 243.

³⁵⁴ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 241.

³⁵⁵ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 241.

D. Deckungsrechtliche Besonderheiten der Baufertigstellungsversicherung

Als deckungsrechtliche Besonderheiten der Baufertigstellungsversicherung sind überrblicksweise zu erwähnen:

I. Gutachterliche Baubegleitung des Bauvorhabens nach Ziff. 8 VB BFV (2008)

Nach Ziff. 8.1 VB BFV (2008) wird das versicherte Bauvorhaben durch einen vom Versicherer bestimmten Bausachverständigen in Form von Baustellenbegehungen, die nach Abschluss bestimmter Bauphasen durchgeführt werden, begleitet. Dabei beauftragt der Versicherer den Sachverständigen im Namen und auch auf Rechnung des Versicherungsnehmers, nach Ziff. 8.1.1 S. 2 VB BFV (2008) hat der Versicherungsnehmer ausdrücklich die durch die Beauftragung des Sachverständigen anfallenden Kosten zu tragen. Nach Angaben des Spezialversicherers betragen diese Sachverständigenkosten zwischen „ca. 750,00 Euro bis 2120,00 Euro je nach Objektversicherung“³⁵⁶. In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass insbesondere nach Ziff. 8.1.3 VB BFV (2008) sämtliche Begehungsprotokolle ausschließlich „für den Versicherer und den Versicherungsnehmer“, nicht aber für den Auftraggeber erstellt werden. Aus Sicht des Auftraggebers liegt darin ein „Wehmutstropfen“³⁵⁷, da nach dem strengen Wortlaut der Bedingungen der Auftraggeber kein Recht zur Einsichtnahme in das Protokoll hat, da es zum einen vom Versicherungsnehmer in Auftrag gegeben worden ist, es zum anderen ausweislich der Bedingungen ausschließlich für den Versicherungsnehmer und sein Versicherer erstellt wird. Ob sich ein Auskunfts- bzw. Herausgabeanspruch des Auftraggebers nach den Grundsätzen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter herleiten lässt, wird zu recht bezweifelt, da wohl kaum anzunehmen ist, dass der Auftraggeber in den Schutzbereich dieser Begutachtung fallen soll, zumal es an der Leistungsnähe gegenüber dem Auftragnehmer fehlt, weil er mit dem Gutachten gerade nicht bestimmungsgemäß in Berührung kommen soll³⁵⁸. Insoweit ist dem Auftraggeber zu empfehlen, durch eine Zusatzvereinbarung mit dem Bausachverständigen ein entsprechendes Einsichtsrecht herbeizuführen, dies setzt aber eine vertragliche Zustimmung aller Parteien voraus (s.u.).

³⁵⁶ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 244.

³⁵⁷ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 244.

³⁵⁸ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 244.

II. Einmaliger Versicherungsbeitrag nach Ziff. 9 VB BFV (2009)

Nach Ziff. 9.1 VB BFV (2008) „wird der einmalige Beitrag aus der Bausumme des Bauvorhabens (ohne etwaige Grundstückskosten) berechnet, die der Versicherungsnehmer dem Versicherer bei Anmeldung des Bauvorhabens mitteilt“. Dabei ist die Prämie vom Einzelfall abhängig; grober Anhaltspunkt ist nach Angaben des Bauspezialversicherers für die Baufertigstellungsversicherung ca. 0,9 % der Bausumme³⁵⁹. In entsprechender Umsetzung der Neuregelungen der VVG-Reform beginnt im Ergebnis der Versicherungsschutz nach Ziff. 9.2 – 9.4 VB BFV (2008) dann, wenn der einmalige Beitrag bezahlt ist (s.u. zu den besonderen Rücktrittsregeln in Ziff. 9.5 VB BFV (2008)).

III. Pflichten und Obliegenheiten sowohl des Versicherungsnehmers als auch des Auftraggebers

In den neu gefassten Ziff. 11 – 13 VB BFV (2008) werden einige der Schwerpunkte der VVG-Reform (größtenteils) umgesetzt, insbesondere – um nur die wesentlichen Punkte zu nennen – die geänderten Voraussetzungen und Rechtsfolgen der vorvertraglichen Anzeigepflichten, die Abschaffung des bisherigen „Alles-oder-Nichts-Prinzips“, die Abkehr vom Prinzip der „Unteilbarkeit der Prämie“ sowie der Wegfall der Klagefrist nach § 12 Abs. 3 VVG a.F.³⁶⁰:

1. Pflichten und Obliegenheiten des Versicherungsnehmers sowie Rechtsfolgen ihrer Verletzung

Die Pflichten und Obliegenheiten des Versicherungsnehmers sowie die Rechtsfolgen ihrer Verletzung sind umfangreich in Ziff. 11 - 13 VB BFV (2008) wie folgt geregelt:

a) Vorvertragliche Anzeigepflichten nach Ziff. 11.1 VB BFV (2008)

In Ziff. 11.1 VB BFV (2008) sind die vorvertraglichen Anzeigepflichten des Versicherungsnehmers geregelt. Im Wesentlichen ist entsprechend der geänderten Gesetzeslage neu, dass der Versicherungsnehmer vor Vertragsschluss grundsätzlich nur solche Umstände anzuzeigen hat, nach denen der Versicherer in Textform ausdrücklich gefragt hat.

³⁵⁹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 235 Fn.2.

³⁶⁰ Hinsch-Timm, Das neue Versicherungsvertragsgesetz, S. 27–28.

b) Pflichten und Obliegenheiten vor Eintritt des Versicherungsfalls nach Ziff. 11.2 VB BFV (2008)

Vor Eintritt des Versicherungsfalls treffen den Versicherungsnehmer im Wesentlichen die Pflichten aus Ziff. 11.2.1 VB BFV (2008) in Form der ordnungsgemäßen Information über die Baustellenbegehung und Abnahme sowie nach Ziff. 11.2.2 VB BFV (2008) in Form der Mitteilung sämtlicher wesentlicher Änderungen und Erweiterungen des Leistungsumfangs, wobei seitens des Versicherungsnehmers darauf zu achten ist, dass er diese Informationen „in Textform anzeigt“, sowie – was erfahrungsgemäß in der Praxis sicherlich nicht im gebotenen Umfang Berücksichtigung finden wird – auch „nach dem Abschluss des Versicherungsvertrages“ weiterhin sämtliche relevanten Umstände dem Versicherer mitteilt. Ähnliches gilt für die in Ziff. 11.2.3 VB BFV (2008) vorgesehenen Pflichten des Versicherungsnehmers im Falle einer Subunternehmerbeauftragung: Zunächst schweigen allerdings die VB BFV (2008) – im Gegensatz zu Ziff. 1.2 S. 2 VB BGV (2008) (s.u. zu den Einzelheiten) – zur Frage der Mitversicherung von Fertigstellungs- bzw. Mängelbeseitigungsansprüchen wegen einer durch einen Subunternehmer oder dessen Erfüllungsgehilfen im Auftrag des Versicherungsnehmers ausgeführten Tätigkeit. Möglicherweise handelt es sich bei der Nichtaufnahme in den Gegenstandsbereich der Baufertigstellungsversicherung um ein redaktionelles Versehen, jedenfalls muss wohl aus den aufgestellten Obliegenheiten in Ziff. 11.2.3 VB BFV (2008) der Schluss gezogen werden (andernfalls würden diese Obliegenheiten keinen Sinn machen), dass diese Maßnahmen Dritter grundsätzlich mitversichert sind. Dann muss der Versicherungsnehmer in Erfüllung seiner Obliegenheit u.a. darauf achten, dass diese Subunternehmer über entsprechende „marktübliche [was auch immer dies bedeutet?] Haftpflichtversicherungen“ verfügen, und muss auch sonstige in diesem Zusammenhang relevanten Daten dem Versicherer mitteilen. In der Praxis dürfte dies allerdings nicht immer einfach sein, da erfahrungsgemäß oft sehr kurzfristig Subunternehmer beauftragt werden, bzw. – so die bedauerliche Praxis gerade bei Einschaltung ausländischer Subunternehmer – oft gar keine vollständigen Firmendaten wie Rechtsform, Vertretungs- und Haftungsverhältnisse, Anschriften etc. vorliegen bzw. die „ausgeführten Gewerke zu dem Bauvorhaben“ seitens der Subunternehmer in der Praxis oft nicht klar voneinander abgrenzbar sind. Das „Damoklesschwert“, welches über dem Versicherungsnehmer schwebt, ist natürlich, dass bei Verletzung dieser - baupraktisch schwer vollumfänglich zu erfüllenden - Pflichten und Obliegenheiten der Versicherer entsprechende Konsequenzen ziehen kann und diese auch relativ einfach herbeiführen kann.

c) Pflichten und Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalls nach Ziff. 11.3 VB BFV (2008)

Nach Ziff. 11.3 VB BFV (2008) ist vom Versicherungsnehmer (die entsprechende Pflicht des Auftraggebers ergibt sich aus 10.3 VB BFV (2008)) „jeder Versicherungsfall dem Versicherer unverzüglich anzuzeigen“, allerdings soll (unerklärlicherweise) ein Verstoß dagegen im Gegensatz zu Ziff. 13.2. VB BGV (2008) sanktionslos sein.

d) Rechtsfolgen bei Verletzung von Pflichten und Obliegenheiten des Versicherungsnehmers nach Ziff. 12 und 13 VB BFV (2008)

i) Rechtsfolgen bei Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten nach Ziff. 12 VB BFV (2008)

Hat der Versicherungsnehmer vorvertragliche Anzeigepflichten verletzt, richten sich die Rechtsfolgen – in Abkehr vom bisherigen versicherungsrechtlichen „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ – danach, wie stark sein Verschulden wiegt, damit in der Bandbreite von leichter Fahrlässigkeit bis hin zu vorsätzlichem bzw. arglistigem Handeln³⁶¹. Überblicksweise zusammengefasst stehen dem Versicherer bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit ein Rücktritts- und auch Anfechtungsrecht bei arglistiger Täuschung zu, in den anderen Fällen des Verschuldens, insbesondere bei leichtem Verschulden bestehen unter bestimmten Voraussetzungen Kündigungsrechte bzw. rückwirkende Vertragsanpassungsmöglichkeiten für den Versicherer:

(a) Rücktrittsrecht des Versicherers nach Ziff. 12.1 und 12.3 VB BFV (2008)

Verstößt der Versicherungsnehmer gegen seine vorvertraglichen Anzeigepflichten, insbesondere durch vorsätzlich bzw. grob fahrlässig unvollständige und unrichtige Angaben zu gefahrenerheblichen Umständen, hat der Versicherer grundsätzlich ein Rücktrittsrecht. Dieses Rücktrittsrecht soll – AGB-rechtlich äußerst bedenklich, da zulasten des Auftraggebers im Insolvenzfall des Auftragnehmers– auch dann nach Ziff. 12.1.1 S. 2 VB BFV (2008) gelten, „wenn ein Umstand nicht oder nicht richtig angezeigt wurde, weil sich der Versicherungsnehmer der „Kenntnis der Wahrheit“ arglistig entzogen hat“. Fasst man den Begriff der „Kenntnis der Wahrheit“ äußerst weit, so dürfte letztendlich bei jedem Insol-

³⁶¹ Hinsch-Timm, Das neue Versicherungsvertragsgesetz, S. 27.

venzfall - überspitzt formuliert – ein „arglistiges Sich-Entziehen“ des Versicherungsnehmers von dieser unumstößlichen „Wahrheit“ seiner (drohenden) Insolvenz vorliegen. Im Übrigen handelt es sich bei dem Terminus „Kenntnis der Wahrheit“ um einen aus juristischen Gesichtspunkten kaum greifbaren Begriff, so dass in Ergebnis von der Intransparenz dieser Regelung und damit von einer - unter (versicherungsrechtlichen) AGB-Gesichtspunkten eintretender - Unwirksamkeit auszugehen ist.

(b) AGB-rechtliche Wirksamkeit des Erstattungsanspruchs des Versicherers nach Ziff. 12.1.3 VB BFV (2008)?

Weitere, höchst massive AGB-rechtliche Bedenken bestehen auch nach der VVG-Reform an dem in Ziff. 12.1.3 VB BFV (2008) aufgenommenen Erstattungsanspruch des Versicherers, wonach „dem Versicherer im Falle eines Rücktritts ein Anspruch auf Erstattung seiner aus diesem Versicherungsverhältnis entstandenen Verwaltungskosten in Höhe von 30% des Versicherungsbeitrages, maximal jedoch 1.500,00 Euro, zustehen“ soll. Die hiesigen Bedenken ergeben sich v.a. aus einem möglichen Verstoß gegen § 39 Abs. 1 S. 2 VVG n.F., wodurch nunmehr der (neue) Grundsatz der „Teilbarkeit der Prämie“ eingeführt worden ist und diese Vorschrift nach § 42 VVG n.F. weiterhin eine halbzwingende Vorschrift ist. Entsprechend der Gesetzesbegründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts³⁶² „hatte das bisherige Prinzip der „Unteilbarkeit der Prämie“ vielfach zu einer unangemessenen Begünstigung des Versicherers zulasten des Versicherungsnehmers geführt, weswegen dieses Prinzip aufgehoben werden soll und für § 40 Abs. 1 und 2 VVG a.F. eine grundsätzliche Neugestaltung erfolgen müsse. Nach § 39 Abs. 1 S. 1 VVG n.F. soll dem Versicherer im Fall einer Beendigung des Versicherungsverhältnisses vor dem Ende einer laufenden Versicherungsperiode nur der Teil der vereinbarten Prämie zustehen, der dem vom Versicherer zeitanteilig getragenen Risiko entspricht. Die Dauer des Versicherungsschutzes während der laufenden Versicherungsperiode ist ein für die Vertragsparteien eindeutiges Kriterium, das in aller Regel zu einem angemessenen Ausgleich des beiderseitigen Interesses führt (...). Bei einer rückwirkenden Vertragsbeendigung durch Anfechtung und Rücktritt folgt aus S. 1, dass entgegen dem bisherigen Recht kein Prämienanspruch besteht, da die vertragliche Gefahrtragung durch den Versicherer

³⁶² Begründung des Regierungsentwurfs vom 11.10.2006, <http://www.bmj.de/files/-/1320/RegE%20VVG.pdf> (Stand: 12.05.2008).

mit Wirkung ex tunc entfällt. (...) Eine von S. 1 abweichende Bestimmung enthält ferner S. 2 für den Rücktritt des Versicherers nach § 19 Abs. 2 VVG bei Verletzung der Anzeigepflicht. Hier erscheint es angemessen, dem Versicherer ein Prämienanspruch bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Rücktritts einzuräumen, da er nach § 21 Abs. 2 VVG zur Leistung verpflichtet ist, wenn die Verletzung der Anzeigepflicht für den Versicherungsfall nicht kausal ist. Auch bei einer Anfechtung des Versicherers wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 BGB (vgl. § 22 VVG) entspricht es der Billigkeit, dem Versicherer einen Prämienanspruch bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Anfechtungserklärung einzuräumen³⁶³. Überträgt man nun das Prinzip der Teilbarkeit der Prämie, so soll zwar dem Versicherer der zeitanteilige Prämienrisikoanteil zustehen, aber nicht mehr ein darüber hinausgehender Betrag. Dem steht Ziff. 12.1.3 VB BFV (2008) in den Fällen entgegen, in denen der zeitanteilige Prämienanteil geringer ist, als Pauschalbetrag der (angeblichen) Verwaltungskosten in Höhe von 30% des Versicherungsbeitrages, gedeckelt bei 1.500,00 Euro. Dies dürfte immer der Fall nach einer recht kurzen Laufzeit des Versicherungsvertrages sein, in diesem Fall stünde der Versicherungsnehmer nach Ziff. 12.1.3 VB BFV (2008) schlechter da, als wenn entsprechend der gesetzlichen Bestimmung in § 39 Abs. 1 S. 2 VVG n.F. eine lediglich zeitanteilige Prämienberechnung erfolgen würde. Des Weiteren ist AGB-rechtlich nach § 309 Nr. 5 b) BGB problematisch, dass dem Versicherungsnehmer insoweit nicht der Nachweis gestattet wird, es seien Verwaltungskosten überhaupt nicht bzw. wesentlich niedriger als in Höhe der Pauschale entstanden, was gerade in den Fällen einer äußerst kurzen Versicherungslaufzeit auf der Hand liegt. Kritisch ist weiterhin die in diesem Zusammenhang gerade nicht explizit geregelte Frage, ob im Gegenzug der Versicherungsnehmer für seine aufgewendeten Kosten (v.a. für die von ihm bezahlten Sachverständigenkosten) einen Erstattungsanspruch nunmehr gegen den Versicherer hat, nachdem ein solcher Erstattungsanspruch nicht explizit ausgeschlossen wird. Stellt man bei dem Rücktritt streng auf das (zivilrechtliche) Rückgewährschuldverhältnis ab, so muss eigentlich die Frage, wer tatsächlich die Sachverständigenleistung i.S.v. § 346 Abs. 1 BGB „empfangen“ hat bzw. welchen Interessen es zu Gute kam, aufgrund der damit vom Versicherer bezweckten Risikoverminderung wohl zugunsten des Versicherers zu beantworten sein mit der Folge, dass er diese Leistung - in Form der Kostenerstattung an den Versicherungs-

³⁶³ Begründung des Regierungsentwurfs vom 11.10.2006, <http://www.bmj.de/files/-/1320/RegE%20VVG.pdf> (Stand: 12.05.2008), S. 180–181.

nehmer – nach § 346 Abs. 1 BGB zurückzugewähren hat. Aus Sicht des Versicherers empfiehlt sich zukünftig bezüglich dieser und auch nachfolgenden (offenen) Erstattungsfragen eine Klarstellung in den Versicherungsbedingungen.

(c) Kündigungsrecht des Versicherers nach Ziff. 12.2.1/12.3 VB BFV (2008)

In Umsetzung von § 39 Abs. 1 S. 1 VVG n.F. regelt Ziff. 12.2.1 VB BFV (2008) das Kündigungsrecht des Versicherers in den Fällen unverschuldeter bzw. leicht fahrlässiger Verletzung einer vorvertraglichen Anzeigepflicht durch den Versicherungsnehmer. Im Ergebnis steht dann dem Versicherer ein Prämienanspruch aus der Versicherungsperiode nur in der Höhe des Anteils zu, der dem Zeitraum entspricht, in dem Versicherungsschutz bestand. Im Gegensatz zum o.g. Rücktrittsrecht (und auch der nachfolgenden Anfechtung) enthält Ziff. 12.2.1 VB BFV (2008) keinen entsprechenden pauschalen Erstattungsanspruch bezüglich der Verwaltungskosten (möglicherweise aus dem Grund, dass es unbillig wäre, bei lediglich unverschuldetem bzw. leicht fahrlässigem Verhalten des Versicherungsnehmers ihn mit einer 30%igen Erstattung aus dem Versicherungsbeitrag zu belasten).

(d) Rückwirkende Vertragsanpassung nach Ziff. 12.2.2 VB BFV (2008)

Ziff. 12.2.2 VB BFV (2008) setzt eine (sinnvolle) Neuerung des reformierten VVG um, nämlich das Recht des Versicherers, eine Vertragsanpassung wegen Gefahrerhöhung verlangen zu können³⁶⁴: Kann der Versicherer nicht zurücktreten oder kündigen, weil er den Vertrag auch bei Kenntnis der nicht angezeigten Umstände, aber zu anderen Bedingungen geschlossen hätte, werden nach Ziff. 12.2.2 VB BFV (2008) die anderen Bedingungen auf Verlangen des Versicherers rückwirkend „Versicherungsbestandteil“, gleichzeitig erhält der Versicherungsnehmer entsprechend § 25 Abs. 2 S. 1 VVG ein Kündigungsrecht bei Prämien erhöhungen von mehr als 10% oder Ausschluss bestimmter Risiken. Diese Regelung hat den Vorteil, dass der Versicherer nicht mehr wie nach altem Recht gezwungen ist, sich von dem Kunden zu trennen, wenn er von einer eingetretenen Gefahrerhöhung Kenntnis erlangte, weil anderenfalls im Unterlassen der Kündigung eine Genehmigung des erhöhten Gefahrentatbestands gesehen werden konnte³⁶⁵.

³⁶⁴ Hinsch-Timm, Das neue Versicherungsvertragsgesetz, S. 80.

³⁶⁵ Hinsch-Timm, Das neue Versicherungsvertragsgesetz, S. 80.

(e) Anfechtungsrecht des Versicherers nach Ziff. 12.4 S. 1 VB BFV (2008)

Nach Ziff. 12.4 S. 1 VB BFV (2008) steht dem Versicherer – wie auch nach altem Recht – das Recht zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zu.

(f) AGB-rechtliche Wirksamkeit des Erstattungsanspruchs des Versicherers nach Ziff. 12.4 S. 2 VB BFV (2008)?

AGB-rechtlich ist auch der in Ziff. 12.4 S. 2 VB BFV (2008) neu aufgenommene Erstattungsanspruch der „aus diesem Versicherungsverhältnis entstandenen Verwaltungskosten in Höhe von 30% des Versicherungsbeitrages, maximal jedoch 1.500,00 Euro“, ebenfalls wieder äußerst bedenklich (s.o.), da das Prinzip der Teilbarkeit der Prämie nach § 39 Abs. 1 S. 2 VVG n.F. auch im Falle der e.g. Anfechtung gilt sowie nach § 42 VVG n.F. eine halb-zwingende Vorschrift und damit nicht vertraglich abdingbar ist.

ii) Rechtsfolgen bei Verletzung von Pflichten und Obliegenheiten vor Eintritt des Versicherungsfalls nach Ziff. 13 VB BGV (2008)

Unter bereits erwähnter Aufgabe des „Alles-oder-Nichts-Prinzips“ unterscheiden sich die Rechtsfolgen bei Verletzung von Pflichten und Obliegenheiten vor Eintritt des Versicherungsfalles nunmehr nach dem o.g. Grad des Verschuldens des Versicherungsnehmers.

2. Pflichten und Obliegenheiten des Auftraggebers sowie Rechtsfolgen ihrer Verletzung**a) Anzeigepflichten und Obliegenheiten im Insolvenzfall des Versicherungsnehmers sowie Rechtsfolgen ihrer Verletzung**

Auch den Auftraggeber treffen Pflichten bzw. Obliegenheiten im Verhältnis zum Versicherer: Im Insolvenzfall des Auftragnehmers hat nach Ziff. 10.3 S. 1 VB BFV (2008) der Auftraggeber dem Versicherer den Versicherungsfall i.S.v. Ziff. 2 VB BFV (2008) „unverzüglich nach Kenntniserlangung anzuzeigen“. Ebenfalls wird in Ziff. 10.3 S. 2 – 5 VB BFV (2008) unter Abschaffung des „Alles-oder-Nichts-Prinzips“ nach der Schwere der Verletzung einer ggf. nicht erfolgten Anzeige mit entsprechenden Rechtsfolgen unterschieden. Weiterhin ist aufgrund der obigen Ausführungen zur Problematik des § 649 S. 2 BGB v.a. beim BGB-Bauvertrag (aber auch bei den (umstrittenen) Kündigungsrechten nach VOB/B) die (vorläufig) neu aufgenommene, wenigstens sanktionslose Regelung in Ziff.

10.4.1 VB BFV (2008) dogmatisch völlig verfehlt und auch wegen ihres Charakters als Vertrag zulasten Dritter unwirksam: Denn der Auftraggeber soll – aus einem Versicherungsvertrag zwischen dem Auftragnehmer und Versicherer (!) – „nach Eintritt des Versicherungsfalls verpflichtet sein, den diesem Versicherungsvertrag zugrunde liegenden Bauvertrag zu kündigen“. Dies würde bedeuten, dass gerade beim BGB-Bauvertrag dem Auftraggeber das Risiko der vollen Vergütungspflicht nach § 649 S. 2 BGB aufgebürdet würde, ohne dass dieser vom Versicherer davon freigestellt wird.

b) Besonderheiten der Pflichten und Obliegenheiten im Vertrag zugunsten Dritter

i) Besonderheiten des Vertrags zugunsten Dritter

Grundsätzlich kennt jedes Deckungsverhältnis Obliegenheiten des Versicherungsnehmers, welche er im Verhältnis zum Versicherer einzuhalten hat und deren Nichteinhaltung Rechtssanktionen nach sich zieht. Besonderheiten ergeben sich aber im vorliegenden Versicherungsmodell der Baufertigstellungs- und auch Baugewährleistungsversicherung dadurch, dass als Konstrukt der zivilrechtliche Vertrag zugunsten Dritter und damit zugunsten des Auftraggebers, welcher seinerseits mangels Versicherungsnehmereigenschaft eigentlich keinen Obliegenheiten im Verhältnis zum Versicherer unterliegen kann, gewählt wird. In dieser Dreiecksbeziehung bestehen unterschiedliche Interessen: Der Versicherer hat v.a. im Verhältnis zum Versicherungsnehmer das Interesse, im Ergebnis nicht leisten zu müssen, wenn der Versicherungsnehmer gegen bestimmte Obliegenheiten verstößt. Der Versicherungsnehmer seinerseits hat gerade vor Vertragsschluss das Interesse, möglichst durch bestimmte, die Entscheidung des Versicherers günstig beeinflussende Angaben und Verhaltensweisen einen Vertragsabschluß herbeizuführen. Schließlich hat der Drittbegünstigte das Interesse, dass - unter Verzicht auf § 334 BGB - Streitigkeiten zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer nicht auf sein Forderungsrecht durchgreifen sollen. Diese Interessen in Einklang zu bringen kann bereits aus der Natur der Sache kaum gelingen, ist auch letztendlich – wie nachfolgend aufgezeigt – in den Versicherungsbedingungen widersprüchlich geregelt, weswegen im Ergebnis eine weitergehende Klarstellung in den Versicherungsbedingungen „wünschenswert sei“³⁶⁶:

³⁶⁶ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 244.

ii) Gefährdung des Versicherungsschutzes durch ein Fehlverhalten des Versicherungsnehmers zulasten des drittbegünstigten Auftraggebers?

Rein quantitativ betrachtet, ist es auffällig, dass sich ein Großteil der Versicherungsbedingungen (nämlich von Ziff. 8.3 über Ziff. 10.3/10.4 bis Ziff. 11 – 13 VB BFV (2008)) nur damit befassen, ob und wie der Versicherer von seiner deckungsrechtlichen Eintrittspflicht frei wird. Gleichzeitig ist es – was die ganz allgemeine versicherungsrechtliche Praxis regelmäßig zeigt – relativ weit verbreitet, dass Versicherer gerade bei im Raum stehender, überdurchschnittlich hoch zu zahlender Versicherungsleistungen versuchen, sich durch die Berufung auf (angebliche) Obliegenheitsverletzungen bzw. durch Rücktritts- und Anfechtungserklärungen oft nicht unumstritten von ihrer Eintrittspflicht zu lösen. Folgt letztendlich (jedenfalls dem Grunde nach) eine solche Befreiung von der Leistungspflicht wegen eines Fehlverhaltens des Versicherungsnehmers, so stellt sich die Frage, ob und wie sich dies auf den Sicherungsanspruch des Auftraggebers durchschlägt, so dass im Ergebnis bei Obliegenheitsverletzungen des Versicherungsnehmers regelmäßig der Bestand der Baufertigstellungsversicherung (und auch der Baugewährleistungsversicherung, s.u. zu deren Besonderheiten) als oft einziges Sicherungsmittel zugunsten des Auftraggebers eigentlich gefährdet wäre: Zwar kann sich prinzipiell der Auftraggeber als Drittbegünstigter auf Ziff. 10.1 VB BFV (2008) berufen, wonach der Versicherer mit der Aushändigung des Zertifikates auf alle Einwendungen (vgl. § 334 BGB) verzichtet, die aus dem Zertifikat nicht ersichtlich sind; insoweit sollten und dürften eigentlich Obliegenheitsverletzungen des Auftragnehmers den Versicherungs- und damit den Insolvenzschutz des Auftraggebers nicht gefährden³⁶⁷. Doch ist dieser Schutz in keinsten Weise von allen Risiken frei: Zum einen behält sich der Versicherer (beispielsweise) bei einer nicht ordnungsgemäß erfolgten Baubegleitung in Ziff. 8.3 VB BFV (2008) die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung (bzw. eines „Rücktritts“ nach der bisherigen Fassung in Ziff. 7.4 VB BFV (2005)) vor; ob nun im Spannungsverhältnis hierzu der Einwendungsausschluss aus Ziff. 10.1 VB BFV (2008) (bzw. 10.2 VB BFV (2005)) soweit reicht, dass auch diese Beendigung des Versicherungsvertrags dem Auftraggeber nicht entgegengehalten werden kann, scheint zumindest – so Voit zur bisherigen „Rücktritts“-Regelung in Ziff. 7.4 VB BFV (2005) – „zweifelhaft“³⁶⁸. Zum anderen sei auch die Reichweite des Einwendungsausschlusses – so Voit zur bisheri-

³⁶⁷ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 243.

³⁶⁸ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 243.

gen Ziff. 10.2 VB BFV (2005) - „nicht eindeutig“³⁶⁹, wenn der Versicherer den Versicherungsvertrag – wie nicht selten in der allgemeinen Versicherungspraxis - wegen arglistiger Täuschung anzufechten versucht. Dies ist in den Fällen denkbar, in denen der Auftragnehmer den Versicherer bei Abschluss der Versicherung über gefahrrelevante Umstände arglistig getäuscht hat (wenn beispielsweise der Auftragnehmer vor Abschluss des Versicherungsvertrages bestimmte betriebswirtschaftliche bzw. steuerliche Unterlagen vorzulegen hatte, diese im Angesicht einer drohenden Insolvenz möglicherweise bewusst unrichtig waren und demnach ein Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung in Betracht kommt). Dann liegt es in der Krisensituation aus verständlichen Gründen auf der Hand, dass der Versicherer die Anfechtung erklärt. Aus Sicht des Versicherers wären (andernfalls) nicht durchgreifende Anfechtungs- bzw. Rücktrittsmöglichkeiten weitgehend sinnlos, wenn die Leistungsverpflichtung gegenüber dem Bauherrn fortbestehen würde. Argumentativ könnte zugunsten des Versicherers angeführt werden, dass der entfallene Einwendungsausschluss Bestandteil gerade des Versicherungsvertrages war, der seinerseits durch Anfechtung, Rücktritt bzw. fristlose Kündigung beseitigt wurde. Aus Sicht des Auftraggebers hingegen würde dessen Schutz gravierend entwertet werden, worauf v.a. Bauverbraucher-schutzorganisationen hinweisen, wenn dem Versicherer trotz des Einwendungsverzichtes die Möglichkeit der Vertragsbeendigung zulasten des Auftraggebers verbliebe. Insoweit ist dringend eine präzise Definition des Umfangs und Bestands des Einwendungsverzichtes geboten (s.u.).

IV. Weitere Kündigungs- und Rücktrittsrechte des Versicherers

Neben den „klassischen“ Kündigungs- und Rücktrittsrechten des Versicherers im Falle von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen finden sich darüber hinaus, teilweise regelrecht versteckt an anderen Stellen noch weitere entsprechende Rechte des Versicherers:

1. Fristlose Kündigung wegen unvollständiger Baubegleitung nach Ziff. 8.3 und 13 VB BFV (2008)

Nach Ziff. 8.3 VB BFV (2008) kann der Versicherer in dem Fall, dass aus Umständen, die der Versicherungsnehmer zu vertreten hat, keine oder keine vollständige Baubegleitung im

³⁶⁹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 243.

Sinne der Ziff. 8.1 VB BFV (2008) stattfindet, den Versicherungsvertrag nach Ziff. 13 VB BFV (2008) fristlos kündigen (s.o.).

2. Rücktritt wegen nicht rechtzeitiger Beitragszahlung nach Ziff. 9.5 VB BFV (2008)

Nach Ziff. 9.5 S. 1 VB BFV (2008) kann in entsprechender Umsetzung der VVG-Neufassung der Versicherer dann vom Vertrag zurücktreten, wenn und solange der Versicherungsnehmer den Betrag nicht (rechtzeitig) zahlt. Gleichzeitig soll nach Ziff. 9.5 S. 3 VB BFV (2008) „dem Versicherer im Falle eines Rücktritts ein Anspruch auf Erstattung seiner aus diesem Versicherungsverhältnis entstandenen Verwaltungskosten in Höhe von 30% des Versicherungsbeitrages, maximal jedoch 1.500,00 Euro, zustehen“. Prinzipiell entspricht diese Regelung § 39 Abs. 1 S. 3 VVG n.F., wonach der Versicherer im Falle des Rücktritts wegen nicht rechtzeitiger Prämienzahlung „eine angemessene Geschäftsgebühr verlangen kann“. Allerdings ist hier AGB-rechtlich nicht unproblematisch, ob im Falle einer relativ kurzen Versicherungsdauer es noch „angemessen“ sein kann, wenn der Versicherungsnehmer pauschal 30% des Versicherungsbeitrages als (angeblich) entstandene Verwaltungskosten zu tragen hat? Unter Bezugnahme auf die vergleichsweise herangezogene Norm in den AKB³⁷⁰ wird die dortige Regelung, dass als Geschäftsgebühr „ein entsprechend der Dauer des Versicherungsverhältnisses nach Kurztarif berechneter Betrag, jedoch nicht mehr als 40% des Jahresbeitrages“ verlangt werden, als „noch angemessen“ angesehen³⁷¹. Allerdings bezieht sich diese Regelung in den AKB auf 40% des „Jahresbeitrages“, ob diese Literaturansicht so einfach auf die hiesige Regelung von „30% des Versicherungsbeitrages [insgesamt!]“ zu übertragen ist, scheint zweifelhaft, insbesondere in Anbetracht der Fälle, dass eine relativ kurze Versicherungsdauer vorliegt; im Übrigen wird in der Vorschrift auch nicht dem Versicherungsnehmer die Nachweismöglichkeit eines geringeren Verwaltungsaufwandes gestattet, was AGB-rechtlich nach § 309 Nr. 5 b) BGB äußerst bedenklich ist (s.o.).

³⁷⁰ van Bühren, in: van Bühren, Handbuch Versicherungsrecht, S. 41, 46.

³⁷¹ Prölss/Martin/Knappmann, § 4a AKB Rdnr. 7.

V. Übergang des Unternehmens des Versicherungsnehmers auf einen Dritten nach Ziff. 14 VB BFV (2008)

1. Übergang des Unternehmens nach Ziff. 14.1 VB BFV (2008)

Ziff. 14.1.1 VB BFV (2008) stellt klar, dass im Falle der Veräußerung des Unternehmens des Versicherungsnehmers an einen Dritten, wozu auch die Übernahme eines Dritten auf Grund eines Nießbrauches, eines Pachtvertrages oder eines ähnlichen Rechtsgeschäftes gehört, der Dritte an der Stelle des Versicherungsnehmers in die sich aus dem Versicherungsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten eintritt. Allerdings ist aus Sicht des auf ein dauerhaftes Sicherungsinstrument setzenden Auftraggebers das für diesen Fall in Ziff. 14.1.2 VB BFV (2008) vorgesehene beidseitige Kündigungsrecht nicht unproblematisch: Demnach sind sowohl der Versicherer als auch der erwerbende Dritte prinzipiell berechtigt, das Versicherungsverhältnis nach Veräußerung zu kündigen (entspricht § 96 VVG n.F.). Weiterhin besteht durchaus die Gefahr, wenn der erwerbende Dritte von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht mit der Folge, dass dem Auftraggeber der Verlust seines Sicherungsinstrumentes bereits schon vor der Veräußerung, nämlich bei einem Unternehmensübergang drohen kann, wenn das versicherte Unternehmen auf Grund eines Nießbrauches, eines Pachtvertrages oder eines ähnlichen Rechtsgeschäftes von einem Dritten übernommen wird. Gleichzeitig kann nach Ziff. 14.1.3 S. 2 VB BFV (2008) (vgl. auch § 97 VVG n.F.) der Versicherungsschutz bei Nichtanzeige der Veräußerung unter bestimmten Umständen entfallen. Dies bedeutet ebenso risikoe erhöhend für den Auftraggeber, dass ggf. der Versicherer nach Übergang des Versicherungsverhältnisses den Versicherungsvertrag mit dem Dritten dann kündigen wird, wenn v.a. eine entsprechende positive unternehmerische Bewertung, welche ausschlaggebend für die Gewährung des Versicherungsschutzes für den übertragenden Versicherungsnehmer war, beim erwerbenden Dritten nicht gegeben ist. Ein weiteres Risiko besteht, wenn der Übergang nicht angezeigt wird, was bei oft nicht transparenten Firmenstrukturen größerer Unternehmen für einen v.a. privaten Auftraggeber nicht einfach erkennbar ist, insbesondere ob eine o.g. Anzeige erfolgt ist. Ob diese weitreichenden Folgen gerade im Hinblick auf den erstrebten Verbraucherschutz gewollt sind, scheint bei näherer Betrachtung nach hiesiger Auffassung zweifelhaft, da bei strikter Anwendung dieser Übergangsvorschriften der Insolvenzschutz und damit die Wirksamkeit und der Bestand des Sicherungsinstrumentes der Baufertigstellungs-, aber auch Baugewährleistungsversicherung (s.u.) insgesamt für den Auftraggeber erheblich negativ belastet ist.

2. Beitragszahlung bei Unternehmensübergang nach Ziff. 14.2 VB BFV (2008)

Bezüglich Ziff. 14.2 VB BFV (2008) ist anzumerken, dass - im Gegensatz zu allen sonstigen Kündigungsregelungen (v.a. in Ziff. 12.2.1 VB BFV (2008)) – bei einer (egal, von wem ausgesprochenen) Kündigung nach Unternehmensübergang der Versicherer einen Erstattungsanspruch (erneut) „in Höhe von 30% des Versicherungsbeitrages, maximal jedoch 1.500,00 Euro“ haben soll. Zwar ist im Falle der Kündigung durch den Versicherer nach § 93 Abs. 3 VVG n.F. der Veräußerer zur Zahlung der Prämie verpflichtet, allerdings stellt sich auch hier auch wieder die Frage, ob diese pauschaliert auf „30% des Versicherungsbeitrages“ festgelegt werden darf, zumal entgegen des Grundsatzes der Teilbarkeit der Prämie durch die Pauschalierung u.U. mehr verlangt werden würde, als eigentlich gesetzlich geschuldet. Insoweit bestehen auch an dieser Regelung erhebliche AGB-rechtliche Bedenken nach § 309 Nr. 5 b) BGB.

VI. Verjährung nach Ziff. 16 VB BFV (2008) sowie Klagefrist nach Ziff. 10.6 VB BFV (2005) für Altverträge

Die Verjährung der Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag als solchen regeln Ziff. 16.1 und 16.2 VB BFV (2008), wonach diese Ansprüche grundsätzlich in drei Jahren verjähren. Die Fristberechnung richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des BGB bzw. nach der Sondervorschrift der Ziff. 16.2 VB BGV (2008) bezüglich eines (zusätzlichen) Hemmungstatbestands. Bei Altverträgen (s.u. zu den gesetzlichen Übergangsvorschriften bzw. Ziff. 18 VB BFV (2008)) ist seitens des Auftraggebers (!) zwingend in der Übergangszeit v.a. die 6-monatige Klagefrist aus § 10.6 VB BFV (2005) zu beachten (wobei sich in Bezug auf diese Altregelung die kritische AGB-rechtliche Frage anschließt, ob die Abwälzung einer originär aus dem Versicherungsvertragsverhältnis stammenden Klagepflicht auf den Auftraggeber nicht als Vertrag zulasten Dritter zu werten ist).

VII. Zuständiges Gericht nach Ziff. 17 VB BFV (2008)

Die in Ziff. 17 VB BFV (2008) geregelten Gerichtsstände berücksichtigen im Wesentlichen die Neuregelungen des Gerichtsstands nach § 215 VVG n.F.: Nach dem Wortlaut sowohl von § 215 Abs. 1 VVG n.F. als auch Ziff. 17.1 S. 2 – 17.3 VB BFV (2008) soll der Versicherungsnehmer und damit auch der in der Baufertigstellungsversicherung insoweit unternehmerisch tätige Auftragnehmer in dem Fall, dass er eine „natürliche Person“ (z.B. als Einzelunternehmer) ist, prinzipiell auch an seinem „Wohnsitz“, der nach § 13 ZPO der

„Mittelpunkt (auch) seiner wirtschaftlichen Tätigkeit“³⁷² sein kann, klagen bzw. verklagt werden können. Für diese Ansicht spricht auch, dass § 215 Abs. 1 VVG – im Gegensatz zu § 29c Abs. 1 ZPO – den personellen Anwendungsbereich nicht lediglich auf „den Verbraucher“ beschränkt, sondern jede „natürliche Person“ miteinbeziehen möchte; im übrigen schränkt – was möglicherweise zulässig wäre, reduzierte man § 215 VVG ausschließlich auf den Verbraucherschutz – Ziff. 17.2 S. 3 VB BFV (2008) dieses Recht des Auftragnehmers als natürliche Person auch insoweit nicht ein, als keine OHG, KG, GbR oder eingetragene Partnergesellschaft vorliegt. Darüber hinaus wird – was bisher weder im Gesetz noch in den VB BFV (2005) geregelt ist – im Sinne des Verbraucherschutzes nunmehr ausdrücklich auch dem Auftraggeber als Drittbegünstigten, soweit er eine natürliche Person ist, der Gerichtsstand an seinem Wohnsitz eingeräumt (obwohl sich eigentlich das Gesetz auch in seiner Neufassung in § 215 VVG zu dieser – auch bei anderen Versicherungsarten relevanten – Frage des Gerichtsstands eines Direktanspruchsinhabers ausschweigt, wobei für eine entsprechende Einbeziehung des Drittbegünstigten als natürliche Person die Gesetzesbegründung spricht, dass durch die Regelung des § 215 VVG „auch der prozessuale Rechtsschutz des Verbrauchers erheblich gestärkt werden solle“³⁷³).

VIII. Übergangsregelung für Altverträge nach Art. 1 Abs. 1 EGVVG und Bedingungsanpassung nach Art. 1 Abs. 3 EGVVG bzw. Ziff. 18 VB BFV (2008)

1. Übergangsregelung für Altverträge nach Art. 1 Abs. 1 EGVVG

Nach Art. 1 Abs. 1 EGVVG ist auf Versicherungsverhältnisse, die bis zum Inkrafttreten des reformierten VVG am 01.01.2008 entstanden sind (sog. Altverträge) und in denen insbesondere noch die bisherigen VB BFV (bzw. BGV) 2005 vereinbart sind, das VVG in der bis dahin geltenden Fassung und zwar im Rahmen einer einjährigen Übergangsregelung bis zum 31.12.2008 dem Grundsatz nach anzuwenden.

2. Bedingungsanpassung nach Art. 1 Abs. 3 EGVVG bzw. Ziff. 18 VB BFV (2008)

³⁷² Zöller/Vollkommer, ZPO, § 13 Rdnr. 4.

³⁷³ Begründung des Regierungsentwurfs vom 11.10.2006, <http://www.bmj.de/files/-/1320/RegE%20VVG.pdf> (Stand: 12.05.2008), S. 293.

Gleichzeitig kann, was nach Angaben des Spezialversicherers auch so gehandhabt werden soll, nach Art. 1. Abs. 3 EGVVG der Versicherer einseitig bis zum 01.01.2009 seine Allgemeinen Versicherungsbedingungen für Altverträge mit Wirkung zum 01.01.2009 ändern, soweit sie von den Vorschriften des VVG abweichen, und der Versicherer dem Versicherungsnehmer die geänderten Versicherungsbedingungen unter Kenntlichmachung der Unterschiede spätestens einen Monat vor diesem Zeitpunkt in Textform mitteilt. Neben diesem einseitigen gesetzlichen Änderungsrecht hat sich der Versicherer zusätzlich in Ziff. 18 VB BFV (2008) das Recht zur Bedingungsanpassung eingeräumt, allerdings ist dies nicht einseitig, da nach Ziff. 18.3 S. 5 VB BFV (2008) bei einem fristgemäßen Widerspruch des Versicherungsnehmers die so vorgenommenen Änderungen nicht in Kraft treten.

5. Kapitel: Die Baugewährleistungsverversicherung

1. Abschnitt: Allgemein

Die Baugewährleistungsverversicherung beschränkt sich nicht nur (wie die Baufertigstellungsversicherung) auf eine reine Insolvenzversicherung, sondern umfasst unabhängig davon die Sicherung der Mängelhaftung des Auftragnehmers in Bezug auf bestimmte (versicherte) Mängelrechte des Auftraggebers, welche in den Versicherungsbedingungen für die Baugewährleistungsverversicherung in ihrer – unter Berücksichtigung der VVG-Reform überarbeiteten - aktuellen Fassung (VB BGV (2008)) definiert sind. Nachfolgend wird aufgrund der o.g. systematischen Vergleichbarkeit mit einer Haftpflichtversicherung auch bei der Baugewährleistungsverversicherung nach dem Trennungsprinzip³⁷⁴ zwischen der haftungs- und insolvenzrechtlichen Ebene, welche die Frage der Mängelhaftung des versicherten Auftragnehmers gegenüber seinem Auftraggeber u.a. im Insolvenzfall beinhaltet, und der deckungsrechtlichen Ebene, welche die Rechtsverhältnisse zwischen dem Auftragnehmer als Versicherungsnehmer (bzw. auch dem Auftraggeber als Drittbegünstigten im Insolvenzfall) und dem Versicherer regelt, unterschieden:

2. Abschnitt: Haftungsrechtliche Ebene

A. Haftungsrechtliche Ebene nach BGB und VOB/B ab Abnahme

Nachfolgende haftungsrechtliche Überlegungen basieren auf dem v.a. in Ziff. 1.3, 1.3.1 und 1.3.2 VB BGV (2008) niedergelegten Prinzip der Baugewährleistungsverversicherung, dass „Gegenstand der Versicherung ausschließlich Mängelansprüche sind, die auf Nacherfüllung i.S.v. § 635 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) oder auf Mängelbeseitigung i.S.v. § 13 Ziff. 5 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B) gerichtet sind. Ist die Beseitigung des Mangels unmöglich, unzumutbar oder mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden und kann der Versicherungsnehmer deswegen die Beseitigung des

³⁷⁴ Meier, Bauversicherungsrecht, S. 33.

Mangels verweigern, so fällt auch die angemessene Herabsetzung der Vergütung (Minde- rung, vgl. § 638 BGB) unter den Versicherungsschutz. Weitere Mängelansprüche sind nicht Gegenstand der Versicherung“. Insoweit erfolgt auf der haftungsrechtlichen Ebene - wie bei der Baufertigstellungsversicherung – eine „erste Weichenstellung“ bei der anfangs zu klärenden Frage nach dem Vorliegen eines BGB- oder VOB-Bauvertrages, woraus sich dann die entsprechenden, in ihren Tatbestandsvoraussetzungen teils unterschiedlichen Mängelrechte des Auftraggebers einschließlich ihrer – nachfolgend im Einzelnen zu be- trachtenden - Verjährungsfristen ergeben:

B. Mängelrechte des Auftraggebers nach BGB

Wie bereits im Zusammenhang mit der haftungsrechtlichen Ebene der Baufertigstellungs- versicherung ausgeführt, bildet bei einem zwischen den Parteien vereinbarten BGB- Bauvertrag § 634 BGB die zentrale Norm für die Mängelrechte des Auftraggebers, wobei bekanntlich die Grundvoraussetzung aller Mängelrechte das Vorliegen eines Sach- und Rechtsmangels i.S.v. § 633 BGB ist:

I. Mangelbegriff i.S.v. § 633 BGB

Nach § 633 Abs. 1 BGB „hat der Unternehmer dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen“. Aus dieser seit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz neuen Formulierung wird bereits deutlich, dass der bisherige Mangelbegriff des Werkver- tragsrechts aufgegeben und an den geänderten Mangelbegriff des Kaufrechts angepasst worden ist. Das besondere Sachmängelgewährleistungsrecht wurde zugunsten einheitlicher Begriffe und Rechtsfolgen abgeschafft, Sachmängel und Rechtsmängel werden einheitlich geregelt³⁷⁵. Im Hinblick auf die später erfolgende Betrachtung der deckungsrechtlichen Ebene, insbesondere auch der versicherungsrechtlichen Ausschlussstatbeständen nach Ziff. 7 VB BGV (2008), bei denen bestimmte „Mängel“ bzw. auch Rechtsmängel (vgl. Ziff. 7.11 VB BGV (2008)) ausgeschlossen werden, werden nachfolgend (lediglich) allgemeine Defi- nitionsversuche zum Sach- und Rechtsmangel im BGB-rechtlichen Sinne vorgenommen, während dann ein konkreter Vergleich zwischen der haftungs- und deckungsrechtlichen Ebene, wenn also nach BGB bzw. VOB/B ein Mängelanspruch des Auftraggebers besteht,

³⁷⁵ Ingenstau/Korbion/Wirth, vor § 13 VOB/B Rdnr. 30.

dieser aber u.U. deckungsrechtlich ausgeschlossen wird, im späteren deckungsrechtlichen Teil erfolgt:

1. Sachmangel i.S.v. § 633 Abs. 2 BGB

§ 633 Abs. 2 BGB kennt bekanntlich 3 Alternativen des Sachmangels: Nach der ersten Alternative liegt ein Sachmangel vor, wenn das Werk die vereinbarte Beschaffenheit nicht hat. Der Sachmangel definiert sich vorrangig danach, ob das hergestellte Werk von der vereinbarten Beschaffenheit abweicht. Entspricht die Ist-Beschaffenheit nicht der Soll-Beschaffenheit, liegt ein Sachmangel vor. Damit hat die Neufassung nach der Schuldrechtsmodernisierung prinzipiell den „subjektiven Mangelbegriff“, der auch nach der alten, sprachlich noch anders lautenden Fassung des § 633 Abs. 1 BGB a.F. maßgeblich war, übernommen³⁷⁶. Nach der Neuregelung ist allerdings jede Abweichung von der Soll-Beschaffenheit ein Mangel und es kommt im Gegensatz zum alten Werkvertragsrecht nicht mehr darauf an, ob der Wert oder die Gebrauchstauglichkeit gemindert ist³⁷⁷. In Vorwegnahme der Ausführungen zu den Mängelansprüchen nach VOB/B (s.u.) fehlt bei dieser ersten Alternative der gesetzlichen Regelung in § 633 Abs. 2 BGB eine - hingegen in § 13 Nr. 1 S. 2 VOB/B enthaltene - Bestimmung derart, dass der Auftragnehmer verpflichtet sei, die „anerkannten Regeln der Technik“ einzuhalten. Nach der Gesetzesbegründung hält aber der Gesetzgeber eine solche Regelung im BGB für entbehrlich, denn auch ohne diese Regelung sei es nicht zweifelhaft, dass der Auftragnehmer grundsätzlich verpflichtet sei, die anerkannten Regeln der Technik zu beachten³⁷⁸ (s.u. zu der problematischen Frage bei Verstößen gegen die anerkannten Regeln der Technik im Zusammenhang mit dem versicherungsrechtlichen Tatbestandsausschluss nach Ziff. 7.5.2 VB BGV (2008)). Die beiden anderen, für die Baupraxis weniger relevanten Alternativen eines Sachmangels nach § 633 Abs. 2 BGB kommen nur in Betracht, wenn eine Vereinbarung über die Beschaffenheit nicht vorliegt. Nach dem Gesetz kommt es dann darauf an, dass nach dem Vertrag eine Verwendung vorausgesetzt war (§ 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB). Nur wenn das nicht der Fall ist, kommt es auf die übliche Verwendung und auch nur in dieser Alternative darauf an, ob die übliche Beschaffenheit vorliegt (§ 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB).

³⁷⁶ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 633 Rdnr. 7.

³⁷⁷ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 633 Rdnr. 8.

³⁷⁸ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 633 Rdnr. 48.

2. Rechtsmangel i.S.v. § 633 Abs. 3 BGB

Neu und nunmehr ausdrücklich ist im Werkvertragsrecht die Verpflichtung des Unternehmers, das Werk frei von Rechtsmängeln zu verschaffen (§ 633 Abs. 3 BGB), aufgenommen worden. Diese Regelung ist in Angleichung an das Kaufvertragsrecht aufgenommen worden, wobei Rechtsmängel im Werkvertragsrecht bisher nur untergeordnete Bedeutung hatten. Nach der Definition des Rechtsmangels in § 633 Abs. 3 BGB muss sich das Recht unmittelbar auf das Werk beziehen. Demnach liegt ein Rechtsmangel nicht bereits darin, dass ein Dritter ein Recht geltend macht, nur ein tatsächlich bestehendes Recht bildet einen Rechtsmangel³⁷⁹. Die Gesetzesbegründung erwähnt als Beispiele Rechte aus dem Bereich des Urheberrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes (s.u. zu den Einzelheiten des Ausschlussstatbestand in Ziff. 7.11 VB BGV (2008) sowie der Frage, ob ein Urheberrecht des Architekten einen Rechtsmangel i.S.v. § 633 Abs. 3 BGB darstellen kann³⁸⁰). Ebenso gehören zu den Rechtsmängeln dingliche Rechte an einem Grundstück, das gleichzeitig mit dem Werk verschafft wird³⁸¹.

II. Nacherfüllung nach §§ 634 Nr. 1, 635, 633 BGB

Nach §§ 634 Nr. 1, 635, 633 BGB kann der Auftraggeber Nacherfüllung verlangen. Dieser Nacherfüllungsanspruch ist seit der Schuldrechtsreform an die Stelle des bisherigen „Nachbesserungsanspruchs“ getreten. Hierin liegt eine bewusste Begriffsänderung zur bisherigen Nachbesserung, denn auch nach der zum früheren Werkvertragsrecht ergangenen Rechtsprechung konnte eine Nachbesserung bis hin zur Neuherstellung des Bauwerkes führen, wenn auf andere Weise ein mangelfreier Zustand nicht erreicht werden konnte³⁸². Die Bezeichnung als „Nacherfüllung“ soll der Klarstellung dienen, dass neben der bloßen Nachbesserung auch eine vollständige Neuherstellung als Form der Mängelbeseitigung möglich ist³⁸³. Weiterhin hängt der Nacherfüllungsanspruch nicht davon ab, ob der Auftragnehmer einen Mangel verschuldet hat, die Erfolgshaftung des Auftragnehmers ist ver-

³⁷⁹ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 633 Rdnr. 54.

³⁸⁰ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 633 Rdnr. 55.

³⁸¹ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 633 Rdnr. 55.

³⁸² BGH BauR 1998, 123.

³⁸³ Ingenstau/Korbion/Wirth, vor § 13 VOB/B Rdnr. 33.

schuldensunabhängig³⁸⁴. Der Auftragnehmer muss einen Mangel selbst dann beseitigen, wenn ihm kein Vorwurf zu machen ist, etwa weil er ein unerkannt fehlerhaftes Material eingebaut hat (vgl. aber Ziff. 7.5.2 VB BGV (2008) zum versicherungsrechtlichen Ausschlussstatbestand für diesen Fall), die zum Zeitpunkt der Leistung anerkannten Regeln der Technik eingehalten hat oder nach allgemeinem Fachwissen auf Herstellerangaben und sonstige Informationen vertrauen konnte³⁸⁵. Der Nacherfüllungsanspruch kann nur zur Beseitigung eines Mangels der eigenen Leistung geltend gemacht werden; hat dagegen der Mangel zu Schäden an dem Werk selbst geführt, besteht wegen dieser Mangelfolgeschäden kein Beseitigungsanspruch (was auch versicherungsrechtlich im Ausschlussstatbestand nach Ziff. 7.7 VB BGV (2008) klargestellt wird), wobei haftungsrechtlich dann grundsätzlich Schadensersatz auf der Grundlage von § 280 BGB gefordert werden kann³⁸⁶.

1. Nachbesserung bzw. Neuherstellung

Verlangt der Auftraggeber Nacherfüllung, so hat der Auftragnehmer nach dem Gesetzeswortlaut ein ausschließlich ihm zustehendes Wahlrecht, ob er den Mangel beseitigt oder gleichermaßen ein neues Werk herstellt, wobei in der Baupraxis die Nachbesserung der Regelfall ist³⁸⁷, schließlich geht im Ausgangspunkt der Mängelanspruch nach dem Werkvertragsrecht des BGB zunächst nur auf Nachbesserung und nicht auf Neuherstellung der vertraglichen übertragenden Gesamtleistung³⁸⁸. Allerdings kann der Auftragnehmer die Nachbesserung nur wählen, wenn diese den vertraglich geschuldeten Erfolg vollständig herbeiführt. Ist der Erfolg nur durch Neuherstellung zu bewirken, schuldet der Auftragnehmer diese³⁸⁹, wobei die Neuherstellung wiederum aus objektiver Sicht erforderlich sein muss, insbesondere wenn die Leistung völlig unbrauchbar ist bzw. andere Lösungen für den Auftraggeber unzumutbar sind³⁹⁰.

2. Umfang der Nacherfüllungsaufwendungen

³⁸⁴ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 635 Rdnr. 4.

³⁸⁵ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 635 Rdnr. 4.

³⁸⁶ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 635 Rdnr. 7.

³⁸⁷ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 635 Rdnr. 21.

³⁸⁸ Ingenstau/Korbion/Wirth, § 13 Nr. 5 VOB/B Rdnr. 67 mit Verweis auf BGH BauR 1972, 172.

³⁸⁹ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 635 Rdnr. 21.

³⁹⁰ Ingenstau/Korbion/Wirth, § 13 Nr. 5 VOB/B Rdnr. 67.

Nach § 635 Abs. 2 BGB hat der Auftragnehmer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere die - lediglich als Beispiele genannten – „Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten“ zu tragen. Dabei erstreckt sich die Nacherfüllungsverpflichtung nicht nur darauf, die eigene mangelhafte Leistung nachträglich in einen mangelfreien Zustand zu versetzen, sondern umfasst auch alle Maßnahmen und die damit verbundenen Kosten, die vorbereitend erforderlich sind, um den Mangel an der eigenen Leistung zu beseitigen (z.B. Schadenssuchkosten sowie Aufwendungen zwecks Zugänglichmachung der mangelhaften Werkleistung)³⁹¹. Hinzu kommen die Arbeiten, die notwendig waren, um nach durchgeführter Mängelbeseitigung den vorherigen Zustand wiederherzustellen³⁹² (die Kosten für die letztgenannten Maßnahmen sind dem Grunde nach auch von der Baugewährleistungsversicherung gemäß Ziff. 6.1.1 und 6.2 VB BGV (2008) gedeckt, s.u.).

III. Minderung nach §§ 634 Nr. 3 Alt. 2, 638, 633 BGB

„Statt zurückzutreten“, kann der Auftraggeber gem. §§ 634 Nr. 3 Alt. 2, 638 Abs. 1, 633 BGB „die Vergütung durch Erklärung gegenüber dem Auftragnehmer mindern“, wobei der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB keine Anwendung findet. Demnach ist die Minderung nach der Neufassung als einseitiges Gestaltungsrecht ausgeformt, während nach § 634 Abs. 4 BGB a.F. die Minderung erst vollzogen war, wenn sich der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers mit ihr einverstanden erklärt hatte.

1. Anspruchsvoraussetzungen nach § 638 Abs. 1 BGB: (lediglich) Rücktrittsvoraussetzungen

Nach der Formulierung des Gesetzes kann der Besteller mindern, „statt zurückzutreten“. Damit ist zum Ausdruck gebracht, dass der Auftraggeber nach §§ 634 Nr. 3 Alt. 2, 638 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB grundsätzlich erst nach fruchtlosem Ablauf einer von ihm dem Auftragnehmer zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist den Werklohn mindern kann, ohne dass weitere Tatbestandsvoraussetzungen hierfür erforderlich wären, wobei nach § 323 Abs. 2 BGB aus den dort genannten Gründen auch bei der Minderung u.U. eine Fristsetzung entbehrlich ist. Im Unterschied zum Rücktritt ist das Recht der Minde-

³⁹¹ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 635 Rdnr. 39.

³⁹² BGHZ 1996, 221.

rung gem. § 638 Abs. 1 Satz 2 BGB sogar bei Vorliegen von unerheblichen Mängeln möglich.

2. Keine weiteren Einschränkungen (im Gegensatz zu § 13 Nr. 6 Hs. 1 VOB/B sowie Ziff. 1.3.1 und 7.3 VB BGV (2008))

Demnach ist nach dem BGB-Werkvertragsrecht das Minderungsrecht des Auftraggebers schon dann gegeben, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese fruchtlos verstrichen ist. Es müssen keine weiteren Gründe, warum der Auftragnehmer die Nacherfüllung nicht vornimmt, hinzutreten. Im Gegensatz dazu verlangen als weitere Anspruchsvoraussetzung der Minderung sowohl § 13 Nr. 6 Hs. 1 VOB/B als auch – darauf basierend – Ziff. 1.3.1 und 7.3 VB BGV (2008) das Hinzutreten von Gründen, warum der Auftragnehmer bzw. der Versicherungsnehmer die Beseitigung des Mangels verweigert, namentlich wegen Unzumutbarkeit bzw. Unmöglichkeit der Beseitigung des Mangels oder ein unverhältnismäßig hoher Beseitigungsaufwand³⁹³ (zu den Einzelheiten s.u.). Dies kann im Ergebnis bei einem BGB-Bauvertrag dazu führen, dass der Auftraggeber auf haftungsrechtlicher Ebene einen Anspruch auf Minderung nach den gesetzlichen (Rücktritts-)Voraussetzungen, d.h. bei grundsätzlich fruchtlosem Fristablauf hat, dieser Minderungsanspruch aber u.U. auf deckungsrechtlicher Ebene nicht versichert ist, wenn keine der e.g. einschränkenden Gründe einer Beseitigungsverweigerung des Auftragnehmers vorliegen. Zwar behält in diesem Fall der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer (nicht aber dem Versicherer!) das gesetzliche Minderungsrecht, doch kann sich diese Deckungslücke zum Nachteil des Auftraggebers v.a. in der Insolvenz des Auftragnehmers auswirken, weil er in diesem Fall keinen solventen Schuldner mehr hat und gleichzeitig auch kein Versicherungsfall im Sinne der Ziff. 1.3.1/7.3 VB BGV (2008) vorliegt, mit der Folge, dass insoweit kein Direktanspruch des Auftraggebers gegen den Versicherer in der Insolvenz nach Ziff. 10.2 VB BGV (2008) gegeben ist.

3. Berechnung der Minderung

Die Berechnung der Minderung erfolgt nach Maßgabe des § 638 Abs. 3 BGB. In Abwandlung der bisherigen Praxis erfolgt die Berechnung durch Minderung nunmehr durch eine

³⁹³ Ingenstau/Korbion/Wirth, § 13 Nr. 6 VOB/B Rdnr. 77.

Wertbestimmung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses³⁹⁴. Nach § 638 Abs. 3 S. 2 BGB ist eine Schätzung möglich.

IV. Sonstige Mängelrechte nach § 634 BGB

Weitere Mängelansprüche des Auftragsgebers aus § 634 BGB, namentlich die Selbstvornahme (§ 634 Nr. 2 BGB i.V.m. § 637 BGB), Rücktritt (§ 634 Nr. 3 Alt. 1 BGB i.V.m. §§ 636, 323 und 326 Abs. 5 BGB), Schadensersatz in jeglicher Form (§ 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i.V.m. §§ 636, 280, 281, 283 und 311a BGB) sowie Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§ 634 Nr. 4 Alt. 2 BGB i.V.m. § 284 BGB) sind nach Ziff. 1.3.2 VB BGV (2008) nicht Gegenstand der Versicherung (und sind deshalb auf der haftungsrechtlichen Ebene nicht näher zu erläutern).

V. Verjährung der (versicherten) Mängelrechte nach BGB

Die Verjährung der deckungsrechtlich grundsätzlich umfassten Mängelrechte des Auftraggebers, namentlich der Nacherfüllung und der Minderung, ergibt sich aus der zentralen Verjährungsvorschrift des Werkvertragsrechts in § 634 a BGB wie folgt:

1. Verjährung der Nacherfüllung

a) Verjährungsfristen nach § 634 a Abs. 1 bis 3 BGB

Allgemein gilt für die Verjährung des Anspruchs auf Nacherfüllung nach § 634 Nr. 1 BGB die Fristen des § 634 a BGB: Demnach beträgt jeweils die Verjährungsfrist nach § 634 a Abs. 1 Nr. 1 BGB bei Werkleistungen an einer Sache (außer einem Bauwerk) 2 Jahre, nach § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB bei einem Bauwerk 5 Jahre sowie nach § 634 a Abs. 1 Nr. 3 BGB bei sonstigen Werkleistungen 3 Jahre (sog. regelmäßige Verjährungsfrist). Für die Baugewährleistungsversicherung ist beim BGB-Bauvertrag (sofern keine abweichenden Verjährungsfristen vertraglich vereinbart worden sind) ausschließlich die für ein Bauwerk geltende Verjährungsfrist nach § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB von 5 Jahren maßgeblich, da diese sich nach Ziff. 1.2.1 VB BGV (2008) auf „ein mit dem Erdboden fest und dauerhaft verbundenes Bauwerk“ bezieht und diese Definition im Wesentlichen der Bauwerksdefinition des BGB entspricht, wonach als Bauwerk prinzipiell eine unbewegliche, durch Ver-

³⁹⁴ Palandt/Sprau, § 638 Rdnr. 5.

wendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache bezeichnet wird³⁹⁵. Die Verjährung beginnt nach § 634 a Abs. 2 BGB mit der Abnahme. Dem entspricht auch Ziff. 5.2 VB BGV (2008), wonach „die Leistungsverpflichtung des Versicherers für Mängel mit der Abnahme (siehe Ziff. 1.2.2 und 8.2) beginnt und mit dem Ablauf der im Bauträger- oder Bauvertrag vereinbarten Verjährungsfristen für Mängelansprüche, spätestens jedoch 5 Jahre und 1 Monat nach Abnahme endet“.

b) Verjährung der Mängelbeseitigungsleistung nach §§ 203 bzw. 212 BGB

Das BGB enthält keine Bestimmung, welche die Frage der Verjährung für abgenommene Mängelbeseitigungsleistungen, insbesondere in Form eines Neubeginns einer - wie lange auch immer dauernden - Verjährungsfrist regelt, während sowohl § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 3 VOB/B als auch die Baugewährleistungsversicherung in Ziff. 5.3 VB BGV (2008) („Werden während der Verjährungsfrist Mängelbeseitigungsarbeiten ausgeführt, so beginnt der Versicherungsschutz hinsichtlich der Teilleistungen, die Gegenstand der Mängelbeseitigungsarbeiten waren, erneut mit deren Abnahme und endet spätestens 5 Jahre und 1 Monat nach dieser Abnahme. Eine erneute Nachbesserung der bereits nachgebesserten Teilleistungen führt nicht mehr zur Verlängerung des Versicherungsschutzes“) Regelungen hierfür vorsehen. Im Gegensatz dazu läuft nach dem BGB vielmehr die gesetzliche Verjährungsfrist prinzipiell ungeachtet der beendeten Nachbesserung weiter, wobei allerdings bei Nachbesserungsarbeiten einerseits der Hemmungstatbestand aus § 203 BGB (Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen), andererseits aus § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB (Neubeginn der Verjährung, v.a. bei Anerkenntnis) eingreifen sollen: Bei in Betracht kommenden Nacherfüllungs-/Mängelbeseitigungsarbeiten dürften regelmäßig zwischen den Parteien ernsthafte Verhandlungen über die Mängelrechte i.S.v. § 203 BGB geführt werden, so dass diesbezüglich bereits eine Hemmung eintritt. Konkret durchgeführte Mängelbeseitigungsarbeiten hemmen wenigstens die Verjährung³⁹⁶. Gleichzeitig können ernsthaft durchgeführte Mängelbeseitigungsarbeiten sogar zum Neubeginn der Verjährung führen, wenn sie ein Anerkenntnis im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB darstellen³⁹⁷. Dies ist dann der Fall,

³⁹⁵ Ingenstau/Korbion/Wirth, vor § 13 VOB/B Rdnr. 79.

³⁹⁶ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 a Rdnr. 100.

³⁹⁷ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 a Rdnr. 100.

wenn der Auftragnehmer eingesteht, dass er den Mangel verursacht hat³⁹⁸. Nach dem Wortlaut des § 212 BGB hat dies zur Folge, dass die gesetzliche Verjährung neu beginnt, und zwar mit der Abgabe des Anerkenntnisses, wenn eine schriftliche Ankündigung vorliegt, zu einem bestimmten Zeitpunkt die Nacherfüllung vorzunehmen, oder wenn die Nacharbeiten begonnen werden³⁹⁹. Bezüglich des Beginns der Verjährungsfristen im Falle eines Anerkenntnisses soll nach der Ansicht von Wirth nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift wie folgt differenziert werden⁴⁰⁰: Erkennt der Auftragnehmer seine Verantwortlichkeit für den Mangel schriftlich, mündlich oder konkludent an, so beginnt die Verjährung im Zeitpunkt der Abgabe des Anerkenntnisses neu zu laufen. Bei Mängelbeseitigungsarbeiten muss es jedoch – gleich § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 3 VOB/B – zusätzlich auf die Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung ankommen, in diesem Fall gibt es dann ggf. zwei Zeitpunkte des Fristbeginns. Andernfalls hätte es der Auftragnehmer in der Hand, durch bloße Untätigkeit oder verlangsamte Nacherfüllungsarbeiten den Ablauf der neuen Verjährungsfrist zu erreichen. Der Auftraggeber könnte zwar andere, neue verjährungshemmende Schritte nach § 204 BGB einleiten. Es könne „jedoch dennoch nicht sein, dass § 212 BGB isoliert betrachtet durch eine Untätigkeit des Unternehmers von diesem zulasten des durch den Mangel Belasteten ausgenutzt werde“⁴⁰¹. Im Sinne dieser differenzierten Betrachtung stellt auch die insoweit neu gefasste Ziff. 5.3 VB BGV (2008) bezüglich des Neubeginns auf den Zeitpunkt der Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung ab (dazu später).

2. Verjährung der Minderung

Nicht alle in § 634 BGB genannten Mängelrechte unterliegen der Verjährung, insbesondere wurden durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die Rechte des § 634 Nr. 3 BGB (Rücktritt und Minderung) als Gestaltungsrechte formuliert, welche gemäß § 194 Abs. 1 BGB gerade nicht verjähren. Insoweit bedurfte es einer besonderen Regelung: Der Verweis in § 634 a Abs. 4 und 5 BGB (für den Rücktritt und die Minderung) auf § 218 BGB führt zu einer Anbindung an die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs. De facto unterliegen

³⁹⁸ BGH NJW 1999, 2961.

³⁹⁹ Ingenstau/Korbion/Wirth, vor § 13 VOB/B Rdnr. 133.

⁴⁰⁰ Ingenstau/Korbion/Wirth, vor § 13 VOB/B Rdnr. 133-134.

⁴⁰¹ Ingenstau/Korbion/Wirth, vor § 13 VOB/B, Rdnr. 134.

somit auch das Rücktritts- und Minderungsrecht einer „Art Verjährung“⁴⁰²: Gemäß § 218 Abs. 1 Satz 1 BGB, auf den auch die Verjährungsvorschrift für das Minderungsrecht in § 634 a Abs. 5 BGB verweist, ist der Rücktritt bzw. die Minderung wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung, also mangelhafter Leistung unwirksam, wenn der Anspruch auf Leistung bzw. Nacherfüllung verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft. Der Schuldner muss also die „Einrede der Verjährung“ erheben. Ohne die Regelung des § 218 Abs. 1 Satz 1 BGB würde die Minderung auch noch dann möglich sein, wenn der Erfüllungs- bzw. Nacherfüllungsanspruch verjährt wäre, der im BGB durch die Ausgestaltung als Gestaltungsrecht prinzipiell eintretenden Unverjährbarkeit soll demnach die Vorschrift des § 218 Abs. 1 Satz 1 BGB entgegenwirken. Durch die Bezugnahme auf die Verjährung des (Nach-)Erfüllungsanspruchs wird dem Auftragnehmer die Möglichkeit einer „Quasi-Verjährungseinrede“⁴⁰³ für das Minderungsrecht eröffnet. Demnach kann sich im Ergebnis der Auftragnehmer gegen eine Minderung ggf. wehren, indem er sich darauf beruft, dass der Erfüllungs- oder Nacherfüllungsanspruch verjährt und damit die Herabsetzung der Vergütung ausgeschlossen ist⁴⁰⁴.

C. Mängelrechte des Auftraggebers nach VOB/B

Sofern Auftraggeber und Auftragnehmer einen VOB-Bauvertrag vereinbart haben, werden von der Baugewährleistungsversicherung namentlich nach Ziff. 1.3/1.3.1 VB BGV (2008) „ausschließlich die Mängelansprüche (...) auf Mängelbeseitigung im Sinne von § 13 Nr. 5 VOB/B“ sowie die Minderung unter den (der VOB/B entnommenen) drei Beschränkungen erfasst. Nachfolgend werden hauptsächlich die vom BGB abweichenden Regelungen der Mängelansprüche nach VOB/B dargestellt⁴⁰⁵:

⁴⁰² Ingenstau/Korbion/Wirth, vor § 13 VOB/B Rdnr. 89.

⁴⁰³ Ingenstau/Korbion/Wirth, vor § 13 VOB/B Rdnr. 42.

⁴⁰⁴ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 a Rdnr. 179.

⁴⁰⁵ Ingenstau/Korbion/Wirth, vor § 13 VOB/B Rdnr. 118–149.

I. Mangelbegriff nach § 13 Nr. 1 VOB/B

Die Mangelbegriffe von BGB und VOB/B stimmen inhaltlich weitgehend überein, vom Wortlaut her werden zusätzlich die „anerkannten Regeln der Technik“ ausdrücklich erwähnt (s.o.), sonst decken sich die „Sachmangel“-Begriffe inhaltlich⁴⁰⁶.

II. Nacherfüllung nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B

Ein - lediglich in der sprachlichen Formulierung bestehender - Unterschied besteht in der „Verschaffungspflicht“ des Auftragnehmers: Während nunmehr das BGB ausdrücklich die Haftung des Auftragnehmers auch für Rechtsmängel im Sinne des Werkes nach § 633 Abs. 1 und 3 BGB regelt, wird diese Verpflichtung in § 13 Nr. 1 VOB/B zwar nicht ausdrücklich erwähnt, doch muss insoweit die VOB/B um die Regelung des BGB ergänzt werden, d.h. auch bei Vereinbarung der VOB/B ist der Auftragnehmer - sinngemäß nach § 633 Abs. 1 und 3 BGB - verpflichtet, das Werk frei von Rechtsmängeln zu liefern⁴⁰⁷. Weiterhin ist nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 VOB/B der Auftragnehmer verpflichtet, alle während der Verjährungsfrist hervortretenden Mängel, die auf vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu beseitigen, wenn es der Auftraggeber vor Ablauf der Frist schriftlich verlangt: Dabei differenziert § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 1 VOB/B – im Gegensatz zu § 635 Abs. 1 BGB – nicht zwischen den zwei Alternativen der Nacherfüllung im eigentlichen Sinne (also Nachbesserung und völlige Neuherstellung des mangelhaften Werkes); im Prinzip soll der Mängelbeseitigungsanspruch gleichermaßen beide Formen der Nacherfüllung umfassen⁴⁰⁸. Allerdings soll in der VOB/B ein gewisses Stufen- bzw. Rangverhältnis zwischen der vorrangigen Nachbesserung und der erst in Ausnahmefällen erforderlichen Neuherstellung bestehen, insbesondere wegen der – auch später bei der Minderung nach § 13 Nr. 6 VOB/B hervortretenden – Intention der VOB/B, prinzipiell und vorrangig den Bauvertrag durchzuführen und gerade nicht „abzuwickeln“⁴⁰⁹. Demnach soll der maßgebliche Mängelanspruch – auch im ursprünglichen Sinne des Werkvertragsrecht nach BGB⁴¹⁰ – im Ausgangspunkt zunächst nur auf Nachbesserung und nicht auf Neuherstellung der ver-

⁴⁰⁶ Ingenstau/Korbion/Wirth, vor § 13 VOB/B Rdnr. 119–121.

⁴⁰⁷ Ingenstau/Korbion/Wirth, vor § 13 VOB/B Rdnr. 122.

⁴⁰⁸ Kniffka, Bauvertragsrecht, § 635 Rdnr. 69.

⁴⁰⁹ Ingenstau/Korbion/Wirth, vor § 13 VOB/B Rdnr. 135, 67–73.

⁴¹⁰ BGH BauR 1972, 172.

traglich übertragenen Gesamtleistung gerichtet sein⁴¹¹. Dann stellt sich die Frage, ob und wann bei einem Bauvertrag (sowohl nach BGB als auch nach VOB/B) als Nacherfüllung nicht ausnahmsweise doch die Neuherstellung der Gesamtleistung gefordert werden kann, insbesondere wenn die Leistung völlig unbrauchbar ist, was zu bejahen sein wird, wenn eine Neuherstellung aus objektiver Sicht erforderlich ist bzw. andere Lösungen für den Auftraggeber unzumutbar sind⁴¹². Liegen diese Voraussetzungen, insbesondere dass nur durch eine Neuherstellung die Mängel nachhaltig beseitigt werden können, nicht vor, soll es beim Vorrang der Erzielung des Leistungserfolges durch die Nachbesserung bleiben. Gerade bei Einbeziehung der VOB/B soll der Auftraggeber die Bauleistung selten als Ganzes zurückweisen können⁴¹³. Unabhängig davon ist natürlich dem Auftragnehmer das Recht eingeräumt, die Mängelbeseitigung in Form einer Neuherstellung ggf. wegen eines unzumutbaren bzw. unverhältnismäßig hohen Aufwandes gem. § 13 Nr. 6 VOB/B (bzw. § 635 Abs. 3 BGB) zu verweigern⁴¹⁴.

III. Minderung nach Ziff. 13 Nr. 6 VOB/B i.V.m. § 638 Abs. 2 bis 4 BGB

Wie bereits mehrfach ausgeführt, kann im Gegensatz zur Minderung nach BGB die Minderung nach § 13 Nr. 6 VOB/B nur unter den dort genannten einschränkenden Voraussetzungen geltend gemacht werden, d.h. wenn die Beseitigung des Mangels für den Auftraggeber unzumutbar bzw. unmöglich ist oder einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde. Ist die VOB zwischen den Parteien vereinbart, geht auch diese Regelung zwingend den insoweit vereinfachten gesetzlichen Minderungsvoraussetzungen vor⁴¹⁵. Zur Durchführung der Minderung enthält § 13 Nr. 6 VOB/B keine besondere Regelung und verweist insoweit auf § 638 BGB. Diese explizit erklärte Anwendbarkeit der werkvertraglichen Vorschrift dient der Rechtsklarheit, insbesondere zur Berechnung der Minderung nach §§ 638 Abs. 2 bis 4 BGB (s.o.)⁴¹⁶.

⁴¹¹ Ingenstau/Korbion/Wirth, vor § 13 VOB/B Rdnr. 135, 67-73.

⁴¹² Ingenstau/Korbion/Wirth, § 13 Nr. 5 Rdnr. 67.

⁴¹³ Ingenstau/Korbion/Wirth, § 13 Nr. 5 Rdnr. 67.

⁴¹⁴ Ingenstau/Korbion/Wirth, § 13 Nr. 5 Rdnr. 73 mit Verweis auf BGH BauR 1988, 123.

⁴¹⁵ Ingenstau/Korbion/Wirth, vor § 13 VOB/B Rdnr. 135.

⁴¹⁶ Ingenstau/Korbion/Wirth, § 13 Nr. 6 VOB/B Rdnr. 56-79.

IV. Verjährung der (versicherten) Mängelrechte nach VOB/B

Die Verjährung der Mängelrechte ist im BGB (dort im Wesentlichen § 634 a BGB) und VOB/B (dort im Wesentlichen § 13 Nr. 4 und 5 VOB/B) jeweils unterschiedlich geregelt: Es gelten die jeweils normierten bzw. durch die Vereinbarung der VOB/B eingebrachten abweichenden Vorschriften, d.h. die Regelungen schließen sich gegenseitig aus, es gilt entweder die BGB- oder aber die VOB/B-Regelung⁴¹⁷.

1. Verjährung der Nacherfüllung

a) Verjährungsfristen nach Ziff. 13 Nr. 4 Abs. 1 und 2 VOB/B

Die in § 13 Nr. 4 Abs. 1 und 2 VOB/B aufgeführten Verjährungsfristen sind nicht einheitlich, sondern je nach dem Leistungsgegenstand verschieden festgelegt, nach seinem Grund in allgemein Erfahrungssätzen: Demnach sind in Abs. 1 als Verjährungsfristen für Bauwerke 4 Jahre, für Arbeiten an einem Grundstück 2 Jahre, für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen 2 Jahre sowie für feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen 1 Jahr festgelegt, während Abs. 2 eine Sonderregelung enthält. Wesentlicher, auch für die spätere Betrachtung der Baugewährleistungsversicherung entscheidender Unterschied zwischen dem VOB/B- und BGB-Bauvertrag ist hauptsächlich bei Bauwerken die (lediglich) 4-jährige Verjährungsfrist nach § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B und die 5-jährige Verjährungsfrist nach § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB.

b) Verjährung gerügter Mängel nach Ziff. 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B

Im Gegensatz zum BGB-Werkvertragsrecht setzt eine schriftliche Mängelrüge des Auftraggebers gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B eine neue 2-jährige Verjährungsfrist in Gang. Hierbei handelt es sich um einen „Quasi-Neubeginn“ der Verjährung, wobei das den gerügten Mangel betreffende schriftliche Nacherfüllungsverlangen nicht nur die Frist des § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B für die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs beginnen lässt, sondern für sämtliche in Betracht kommende Mängelansprüche, auch solche aus § 13 Nr. 6 und 7 VOB/B⁴¹⁸. Das BGB sieht eine vergleichbare Frist nicht vor, dort kann lediglich auf

⁴¹⁷ Ingenstau/Korbion/Wirth, vor § 13 VOB/B Rdnr. 127.

⁴¹⁸ Ingenstau/Korbion/Wirth, § 13 Nr. 4 VOB/B Rdnr. 283-285 mit Verweis auf BGH BauR 1972, 308 und BGH BauR 1974, 280.

die allgemeinen Hemmungstatbestände der §§ 203 ff. BGB bzw. den Neubeginn der Verjährungsfrist nach § 212 BGB (s.o.) zurückgegriffen werden, dem Auftragnehmer bleibt beim BGB-Bauvertrag lediglich die (letztendlich zwingend zu ergreifende) Möglichkeit, vor Ablauf der Verjährungsfrist eine verjährungshemmende bzw. –unterbrechende Maßnahme einzuleiten⁴¹⁹.

c) Verjährung der Mängelbeseitigungsleistung nach Ziff. 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 3 VOB/B

Wie bereits aufgeführt, beginnt eine Verjährungsfrist von 2 Jahren nach Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung für diese Leistung gem. Ziff. 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 3 VOB/B. Damit handelt es sich um eine über das gesetzliche Werkvertragsrecht hinausgehende, den Bedürfnissen der Praxis im Rahmen des Bauvertrags gerecht werdende Bestimmung der VOB/B⁴²⁰.

2. Verjährung der Minderung

Im Gegensatz zur differenzierten Verjährungsbetrachtung im BGB-Werkvertragsrecht, insbesondere § 634 a Abs. 5 und Abs. 4 BGB i.V.m. § 218 BGB gelten die in § 13 Nr. 4 VOB/B geregelten Verjährungsfristen für sämtliche Mängelansprüche der VOB/B, damit auch für die Minderung nach § 13 Nr. 6 VOB/B⁴²¹.

3. Abschnitt: Insolvenzrechtliche Ebene

Nach Ziff. 10.2 VB BGV (2008) „erwirbt im Falle der Insolvenz des Versicherungsnehmers (Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder dessen Ablehnung mangels Masse) der Auftraggeber (Bauherr) oder Erwerber das Recht, die Mängelansprüche (Ersatz von Mängelbeseitigungskosten oder Erstattung des Minderungsbetrages) unmittelbar gegenüber dem Versicherer geltend zu machen und die Versicherungsleistung an sich zu fordern (Direktanspruch). Er erwirbt dieses Recht mit der Übergabe des Zertifikates“. Weiterhin soll nach Ziff. 10.4 VB BGV (2008) „ein Anspruch des Auftraggebers (Bauherr) oder Erwer-

⁴¹⁹ Ingenstau/Korbion/Wirth, vor § 13 VOB/B Rdnr. 131.

⁴²⁰ Ingenstau/Korbion/Wirth, § 13 VOB/B Nr. 4, Rdnr. 301-316.

⁴²¹ Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, S. 1445.

bers erst dann bestehen, wenn die Mängelbeseitigungskosten oder der Minderungsbetrag den Betrag von 500,00 Euro je geltend gemachten Mangel übersteigen oder übersteigt. Innerhalb dieses Betrages besteht kein Anspruch auf eine Entschädigungsleistung“. Um später die Besonderheiten auf deckungsrechtlicher Ebene im Insolvenzfall des Auftragnehmers bzw. Versicherungsnehmers darstellen zu können, ist (auch) bei der Baugewährleistungsversicherung die insolvenzrechtliche Ebene v.a. bezüglich der (versicherten) Mängelansprüche in Form der Nacherfüllung und Minderung und deren Auswirkungen auf den versicherungsrechtlichen Leistungsanspruch des Auftraggebers zu untersuchen:

A. Unterschiedlicher Insolvenzbegriff auf insolvenz- und deckungsrechtlichen Ebene

Der Begriff der „Insolvenz“ wird auf der insolvenzrechtlichen Ebene nach der InsO einerseits und auf der deckungsrechtlichen Ebene im Sinne der oben zitierten Ziff. 10.2 VB BGV (2008) andererseits unterschiedlich definiert:

I. „Insolvenz“ i.S.d. InsO

Wie bereits im Zusammenhang mit der Baufertigstellungsversicherung ausgeführt (s.o.), differenziert die InsO zwischen der „formellen Insolvenz“ im Eröffnungsverfahren ab Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, insbesondere wenn dort ein Eröffnungsgrund im Sinne von § 16 InsO (Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung) vorliegt, und der bereits früher eintretenden „materiellen Insolvenz“, wenn also der Auftragnehmer nicht mehr in der Lage ist, seine Verbindlichkeiten fristgerecht, d.h. bei Fälligkeit nachzukommen⁴²².

II. „Insolvenz“ i.S.d. Baugewährleistungsversicherung

Unter „Insolvenz“ versteht hingegen die Baugewährleistungsversicherung – im Gegensatz zur e.g. InsO, aber auch zur Baufertigstellungsversicherung – nach Ziff. 10.2 VB BGV (2008) frühestens den Zeitpunkt der „Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse bzw. die Eröffnung des Insolvenzverfahrens“. Hingegen tritt die o.g. „materielle Insolvenz“ schon in einem wesentlich früheren Stadium ein, nämlich noch vor dem durch einen Antrag eingeleiteten Insolvenzeröffnungsverfahren; ab diesem letztgenannten

⁴²² Koenen, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 2211.

Zeitpunkt wiederum liegt nach Ziff. 2.2 VB BFV (2008) „Insolvenz“ i.S.d. Baufertigstellungsversicherung vor, wenn „über das Vermögen des Versicherungsnehmers ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt worden ist“. Dies wirkt sich auf die Mängelansprüche im – jeweils getrennt zu betrachtenden – Zeitraum des Insolvenzeröffnungsverfahrens und dem sich dann ggf. anschließenden Insolvenzverfahren wie folgt aus:

B. Rechtslage der Mängelansprüche im Insolvenzeröffnungsverfahren

Die Mängelansprüche des Auftraggebers, insbesondere Nacherfüllung und Minderung sind im Insolvenzeröffnungsverfahren grundsätzlich als Insolvenzforderung (und nicht als Masseverbindlichkeiten) anzusehen⁴²³ (s.u. zu den Auswirkungen im Falle der Vertragsfortführung durch den Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren). Auch die etwaige Entscheidung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Zustimmungsvorbehalt zur Fortführung eines Bauvorhabens bereits in der Phase des Insolvenzeröffnungsverfahrens begründet keine Masseverbindlichkeit, sondern lediglich eine Insolvenzforderung⁴²⁴. Dies bedeutet – wie bereits im Zusammenhang mit der Baufertigstellungsversicherung angedeutet – für den Auftraggeber Folgendes: Im Insolvenzeröffnungsverfahren werden seine bis dahin nicht verjährten Mängelansprüche, insbesondere Nacherfüllung und Minderung als (ledigliche) Insolvenzforderungen faktisch wertlos, da erfahrungsgemäß in der insolvenzrechtlichen Baupraxis kaum eine quotaler Befriedigung zu erwarten ist. Dies kann sich nur dadurch ändern, dass sich der vorläufige „schwache“ Insolvenzverwalter für eine – zugegebenermaßen äußerst selten vorkommende – Fortführung des Bauvertrages entscheidet. Dadurch könnten wenigstens faktisch Mängelbeseitigungsarbeiten durchgeführt werden. Allerdings ist es in der Bauinsolvenz (wohl eher) die Regel, dass sich der Auftraggeber während des Insolvenzeröffnungsverfahrens (in Anbetracht der Zahlung des 3-monatigen Insolvenzausfallgeldes durch die Bundesagentur für Arbeit meistens in einem Zeitraum von bis zu 3 Monaten) in einem gewissen Schwebezustand bzw. in der Ungewissheit bezüglich seines Bauvorhabens befindet, da in diesem Zeitraum der vorläufige Insolvenzverwalter regelmäßig keine Entscheidungen zu konkreten (Mängelbeseitigungs-)Maßnahmen trifft und faktisch sämtliche Tätigkeiten des Auftragnehmers auf der Baustelle ruhen. Während im Rahmen der Baufertigstellungsversicherung bereits zu diesem Zeitpunkt der Auftraggeber (geht er

⁴²³ Wellensiek, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 189.

⁴²⁴ Wellensiek, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 189 mit Verweis auf BGH ZIP 1997, 1551 (1552).

die Risiken der Kündigung ein) prinzipiell den Versicherungsfall herbeiführen und damit eine Leistung des Versicherers fordern kann, ist dies bei der Baugewährleistungsversicherung ausgeschlossen, da während des Insolvenzeröffnungsverfahrens noch kein Versicherungsfall mangels „Insolvenz“ im Sinne der Ziff. 10.2 VB BGV (2008) gegeben ist. Erst wenn mit Abschluss des Insolvenzeröffnungsverfahrens entweder der Antrag auf Eröffnung des Verfahrens mangels Masse abgelehnt wird oder aber tatsächlich das Insolvenzverfahren eröffnet wird, kann dem Auftraggeber grundsätzlich ein Direktanspruch aus Ziff. 10 VB BGV (2008) gegen den Versicherer unter den dort genannten Bedingungen zustehen.

C. Rechtslage der Mängelansprüche ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestimmt sich die Rechtslage der Mängelansprüche insbesondere nach dem maßgeblichen Zeitpunkt, wann der Mangel verursacht worden ist, und ob der Insolvenzverwalter den Bauvertrag nach der von ihm zu treffenden Wahl (s.o.) fortführt oder dessen Fortführung ablehnt:

I. Mängelansprüche wegen - aus der Zeit vor dem eröffneten Insolvenzverfahren verursachter – Mängel bei Nicht-Vertragsfortführung

Wählt der Insolvenzverwalter die Nicht-Vertragsfortführung des Bauvertrags, so bleibt es dabei, dass der Auftraggeber bezüglich der bisher, insbesondere auch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens verursachten Mängel, die daraus resultierenden Mängelansprüche lediglich als Insolvenzforderungen anmelden kann⁴²⁵.

II. Mängelansprüche wegen - aus der Zeit vor dem eröffneten Insolvenzverfahren verursachter – Mängel bei Vertragsfortführung

Rechtlich problematischer, da nicht abschließend höchstrichterlich geklärt (s.o.), ist die Einstufung der Mängelansprüche, die dem Auftraggeber wegen aus der Zeit vor dem eröffneten Insolvenzverfahren verursachter Mängel zustehen und damit eigentlich Insolvenzforderungen sind, nunmehr aber der Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren (möglicherweise schon im Insolvenzeröffnungsverfahren) die Vertragsfortführung und damit die Erfüllung des Bauvertrages wählt. Bezieht man sich auf das (bereits mehrfach erwähnte)

⁴²⁵ Wellensiek, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 189.

obiter dictum im BGH-Urteil vom 10.08.2006⁴²⁶, so soll sich nunmehr auch der Anspruch des Auftraggebers auf Beseitigung von Mängeln aus den vorinsolvenzlich erbrachten Leistungen in dem neuen Vertrag mit der Folge fortsetzen, dass der Auftraggeber vom Insolvenzverwalter auch die Beseitigung dieser Mängel verlangen kann, wobei es sich dann hierbei insgesamt um Masseverbindlichkeiten handle⁴²⁷. Folgt man hingegen der v.a. insolvenzrechtlichen Literatur⁴²⁸, bleibt es dabei, dass diese Mängelansprüche (weiterhin) lediglich Insolvenzforderungen sind. Letztendlich muss diese rechtsdogmatische Frage hier nicht abschließend entschieden werden, da jedenfalls die Baugewährleistungsversicherung in diesem Fall praxisorientiert für solche Mängel im Grunde nach einzutreten hat (s.u.).

III. Mängelansprüche wegen - aus der Zeit ab dem eröffneten Insolvenzverfahren verursachter – Mängel bei Vertragsfortführung

Unstreitig hingegen handelt es sich bei Mängelansprüchen des Auftraggebers wegen aus der Zeit ab dem eröffneten Insolvenzverfahren verursachter Mängel, welche nach der Entscheidung des Insolvenzverwalters zur Vertragsfortführung entstanden sind, um Masseverbindlichkeiten⁴²⁹. Diese Ansprüche müssen vom Insolvenzverwalter vollumfänglich befriedigt werden⁴³⁰.

4. Abschnitt: Deckungsrechtliche Ebene

A. Allgemein

Auf der deckungsrechtlichen Ebene der Baugewährleistungsversicherung sind ebenfalls die Deckung dem Grunde und der Höhe nach, die besondere Rechtsstellung des Auftraggebers bei einer Insolvenz des Versicherungsnehmers sowie einige deckungsrechtliche Besonderheiten zu untersuchen:

⁴²⁶ BGH NJW 2006, 2919 (2921).

⁴²⁷ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 240.

⁴²⁸ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 56-66; Heidland, Der Bauvertrag in der Insolvenz, S. 528, 542-544; Wellensiek, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 197; Vogel, Jahrbuch Baurecht 2004, 107 (124).

⁴²⁹ Heidland, Der Bauvertrag in der Insolvenz, S. 542; Wellensiek, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 197.

⁴³⁰ Wellensiek, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 197.

B. Deckung nach den Versicherungsbedingungen für die Baugewährleistungsver sicherung (VB BGV (2008))

I. Deckung dem Grund nach

Folgende Voraussetzungen müssen vorliegen, damit eine Deckung dem Grunde nach durch die Versicherungsbedingungen für die Baugewährleistungsver sicherung (VB BGV (2008)) besteht:

1. Gegenstand der Versicherung nach Ziff. 1 VB BGV (2008)

Der Versicherungsgegenstand wird umfangreich in Ziff. 1 VB BGV (2008) wie folgt bestimmt:

a) Gegenstand nach Ziff. 1.3 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 1.3 VB BGV (2008) sind Gegenstand der Versicherung ausschließlich die Mängelansprüche des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer auf Nacherfüllung im Sinne von § 635 BGB bzw. Mängelbeseitigung nach § 13 Nr. 5 VOB/B sowie ggf. auf Minderung; nach Ziff. 1.3.2 VB BGV (2008) sind weitere Mängelansprüche, insbesondere Selbstvor nahme, Rücktritt, Ansprüche auf Schadensersatz bzw. Ersatz vergeblicher Aufwendungen nicht Gegenstand der Versicherung (s.o.).

b) Bauvorhaben und Leistungsumfang einschließlich dessen Änderungen bzw. Erweiterungen nach Ziff. 1.1 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 1.1 S. 1 VB BGV (2008) „bezieht sich die Versicherung auf das im Versiche rungsvertrag bestimmte Bauvorhaben und den dem Versicherer bei der Antragstellung mitgeteilten Leistungsumfang“. Gleichzeitig wird nunmehr in den neuen Formulierungen in Ziff. 1.1 Satz 2 VB BGV (2008) die – bei Altverträgen nicht unumstrittene⁴³¹ – Frage geklärt, dass “Änderungen und Erweiterungen des Leistungsumfangs nur dann versichert sind, wenn sie dem Versicherer in Schriftform mitgeteilt und von diesem ausdrücklich in die Versicherung eingeschlossen werden“.

⁴³¹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 240-241.

c) Voraussetzungen des Versicherungsschutzes nach Ziff. 1.2 VB BGV (2008) i.V.m. Ziff. 8.2 und 5 VB BGV (2008)

i) Versicherungsschutz nach Ziff. 1.2 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 1.2 VB BGV (2008) „besteht Versicherungsschutz für Mängel an der Bauleistung, die erstmals nach Abnahme der Bauleistung auftreten und während der in Ziff. 5 bestimmten Dauer des Versicherungsschutzes gegenüber dem Versicherungsnehmer geltend gemacht werden“. Demnach sind die Begriffe der Bauleistung, Abnahme und Dauer des Versicherungsschutzes wie folgt zu definieren:

ii) Bauleistung i.S.v. Ziff. 1.2.1 VB BGV (2008)

Im Gegensatz zu den VB BGV (2005) ist nunmehr klarstellend in Ziff. 1.2.1 VB BGV (2008) die gegen Mängel versicherte Bauleistung wie folgt definiert: „Als Bauleistungen gelten Arbeiten jeder Art, durch die ein mit dem Erdboden fest und dauerhaft verbundenes Bauwerk hergestellt, instand gehalten oder geändert wird“. Während noch unter der alten Fassung der Versicherungsbedingungen der Umfang der „Bauleistung“ im Sinne von Ziff. 1.2.1 Satz 1 VB BGV (2005) einer ggf. einschränkenden Auslegung zugänglich war (aus Ziff. 1.2.2 VB BGV (2005) ließe sich angeblich eine Beschränkung lediglich auf Gebäude ableiten, da nur bei ihnen ein „Einzug“ vorliegen könne⁴³²), ist nunmehr die Bauleistung ganz klar auf jedes mit dem Erdboden fest und dauerhaft verbundene Bauwerk ausgedehnt.

iii) Abnahme des Bauvorhabens nach Ziff. 1.2.2 VB BGV (2008) i.V.m. Ziff. 8.2 VB BGV (2008)

Wie auf haftungs- und insolvenzrechtlicher Ebene ist die Abnahme als solche auch auf der deckungsrechtlichen Ebene von zentraler Bedeutung. Denn die Abnahme entfaltet verschieden Rechtswirkungen, v.a. im Hinblick auf die Dauer des Versicherungsschutzes, den damit verbundenen Beginn der Leistungsverpflichtung des Versicherers nach Ziff. 5.2 VB BGV (2008) und den Gegenstand der Versicherung nach Ziff. 1.2 VB BGV (2008), wobei der Versicherungsschutz erst für solche Mängel an der Bauleistung besteht, die „erstmalig“ nach Abnahme der Bauleistung auftreten. Die Baugewährleistungsversicherung sieht in

⁴³² Meier, Bauversicherungsrecht, S. 203.

Ziff. 1.2.2 VB BGV (2008) i.V.m. Ziff. 8.2 VB BGV (2008) zwei Möglichkeiten einer Abnahme i.S.d. Versicherungsbedingungen vor:

(a) Abnahme durch förmliche Schlussabnahme

Nach Ziff. 1.2.2 S. 1 VB BGV (2008) i.V.m. Ziff. 8.2 S. 1-2 VB BGV (2008) verlangt die Baugewährleistungsversicherung in erster Linie eine „förmliche Schlussabnahme“ (diese letztendlich im Sinne von § 12 VOB/B⁴³³). Grundsätzlich geht die Baugewährleistungsversicherung von dem Erfordernis einer förmlichen Abnahme aus, weil diese Art der Abnahme eine einvernehmliche Regelung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ermöglicht⁴³⁴. Gleichzeitig werden auf diese Weise die erforderlichen Beweise gesichert, wobei im angemeldeten Versicherungsfall die Prüfung der Eintrittspflicht der Baugewährleistungsversicherung dadurch erheblich erleichtert und die Bearbeitung beschleunigt werden soll⁴³⁵. Diese förmliche Schlussabnahme ist innerhalb von 12 Monaten nach Fertigstellung der Bauleistung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer durchzuführen. Dabei werden die festgestellten Mängel und noch ausstehenden Restleistungen in einem Protokoll festgehalten.

(b) Abnahme durch Ingebrauchnahme

Als zweite Alternative einer „Abnahme“ im Sinne der Versicherungsbedingungen sieht nunmehr Ziff. 1.2.2 S. 2 VB BGV (2008) und damit in Konkretisierung der bisherigen Regelung in Ziff. 1.2.2 S. 2 VB BGV (2005) (wo lediglich von einem „Einzug“ des Auftraggebers in das versicherte Bauvorhaben gesprochen wird) auch „die Ingebrauchnahme des versicherten Bauvorhabens durch den Auftraggeber (Bauherrn) oder Erwerber ohne förmliche Schlussabnahme“ vor. Diese faktische Abnahme durch Ingebrauchnahme hat aber die gleichen Rechtswirkungen wie die förmliche Schlussabnahme, insbesondere richtet sich hiernach gem. Ziff. 5.2 VB BGV (2008) ebenfalls die Dauer der Leistungspflicht des Versicherers für Mängel.

⁴³³ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1998.

⁴³⁴ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1998.

⁴³⁵ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch, Privates Baurecht, S. 1998.

iv) Dauer des Versicherungsschutzes bzw. der Leistungsverpflichtung nach Ziff. 5.2 VB BGV (2008)

Weitere Tatbestandsvoraussetzung für den Versicherungsschutz ist, dass der Mangel an der Bauleistung nach Ziff. 1.2 S. 1 VB BGV (2008) „während der in Ziff. 5 bestimmten Dauer des Versicherungsschutzes gegenüber dem Versicherungsnehmer geltend gemacht wird“. Diese Leistungsverpflichtung des Versicherers für Mängel beginnt nach Ziff. 5.2 VB BGV (2008) mit der o.g. Abnahme und endet mit Ablauf der im Bauträger- oder Bauvertrag vereinbarten Verjährungsfristen für Mängelansprüche, spätestens jedoch 5 Jahre und 1 Monat nach Abnahme. Wie bereits auf haftungsrechtlicher Ebene ausgeführt, erfolgt gem. Ziff. 5.3 VB BGV (2008) für während der Verjährungsfrist ausgeführte Mängelbeseitigungsarbeiten einmalig ein Neubeginn des Versicherungsschutzes bezüglich dieser Teilleistung mit gleicher Frist, d.h. die Verjährung endet – insoweit ist Ziff. 5.3 VB BGV (2008) aus dem Zusammenspiel mit Ziff. 5.2 VB BGV (2008) ergänzend auszulegen – grundsätzlich mit dem Ablauf der im Bauträger- oder Bauvertrag vereinbarten Verjährungsfrist für Mängelansprüche, spätestens 5 Jahre und 1 Monat nach dieser erneuten Abnahme.

d) Mitversicherte Mängelansprüche wegen - durch Subunternehmer etc. verursachter - Mängel nach Ziff. 1.2 S. 2 - 3 VB BGV (2008)

Grundsätzlich sollen nach Ziff. 1.2 S. 2 – 3 VB BGV (2008) Ansprüche wegen Mängel, die durch einen Subunternehmer oder dessen Erfüllungsgehilfen anlässlich einer im Auftrag des Versicherungsnehmers ausgeführten Tätigkeit verursacht werden, mitversichert sein. Diese versicherungsrechtliche Zurechnung entspricht der zivilrechtlichen Zurechnungsvorschrift des § 278 BGB, wonach ein Subunternehmer aus Sicht des Auftraggebers als Erfüllungsgehilfe des Generalunternehmers anzusehen ist⁴³⁶. Damit bezieht sich die versicherte Einstandspflicht des Auftragnehmers grundsätzlich auf alle Mängel, die seiner Leistung zuzuordnen sind und damit ihre Ursache in seinem vertraglichen Verantwortungsbereich haben, d.h. neben Mängeln aus seiner unmittelbaren Leistung als Alleinunternehmer sind auch Mängel wegen Leistung eines von ihm als Erfüllungsgehilfen eingeschalteten Subunternehmers bzw. wiederum dessen Erfüllungsgehilfen erfasst⁴³⁷.

⁴³⁶ Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, S. 583 mit Verweis auf die entsprechende BGH-Rechtsprechung (BGH BauR 1976, 131; BGH BauR 1979, 324; BGH BauR 1981, 389).

⁴³⁷ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1995.

2. Versicherungsfall nach Ziff. 2 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 2.1 VB BGV (2008) ist der Versicherungsfall „die Geltendmachung von Mängelansprüchen gegen den Versicherungsnehmer (Anspruchserhebung)“ während der o.g. Dauer des Versicherungsschutzes. Hierin liegt eine grundsätzliche Unterscheidung zum Haftpflichtbereich, in dem das Schadensereignis als solches für den Eintritt des Versicherungsfalles maßgeblich ist, während bei der Baugewährleistungsversicherung das „Anspruchserhebungsprinzip“ gilt⁴³⁸. Weiterhin enthält Ziff. 2.2 eine üblicherweise verwendete Serienschadensklausel.

II. Deckung der Höhe nach

Steht die Eintrittspflicht der Baugewährleistungsversicherung und damit die Deckung dem Grunde nach fest, stellt sich die Frage nach dem Umfang des Versicherungsschutzes und der Entschädigungsleistungen des Versicherers, damit die Frage der Deckung der Höhe nach:

1. Umfang des Versicherungsschutzes nach Ziff. 3 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 3.1 VB BGV (2008) umfasst die Leistungspflicht des Versicherers die Prüfung der geltend gemachten Mängelansprüche, die Befriedigung „berechtigter“ Mängelansprüche gegen den Versicherungsnehmer durch Zahlung einer Entschädigung (detailliert in Ziff. 6 VB BGV (2008) geregelt) sowie die Abwehr unberechtigter Mängelansprüche gegen den Versicherungsnehmer:

a) Befriedigung „berechtigter“ Mängelansprüche

Während noch Ziff. 3.1 VB BGV (2005) ohne nähere Definition „begründete“ Mängelansprüche vom Umfang des Versicherungsschutzes als erfasst ansah, müssen nunmehr nach der Neufassung in Ziff. 3.1 VB BGV (2008) die Mängelansprüche im Sinne der Versicherungsbedingungen „berechtigt“ sein: „Berechtigt“ sind nach Ziff. 3.1 S. 2 und 3 VB BGV (2008) „Mängelansprüche [nur] dann, wenn der Versicherungsnehmer aufgrund Gesetzes, rechtskräftigen Urteils, Anerkenntnisses oder Vergleiches zur Nacherfüllung einschließlich der Mängelbeseitigung oder der Zahlung des Minderungsbetrages (s. Ziff. 1.3) verpflichtet ist und der Versicherer dadurch gebunden ist. Anerkenntnisse und Vergleiche, die vom

Versicherungsnehmer ohne Zustimmung des Versicherers abgegeben oder geschlossen worden sind, binden den Versicherer nur, soweit der Anspruch auch ohne Anerkenntnis oder Vergleich bestanden hätte“.

b) Rechtsschutzfunktion

Weiterhin umfasst die Leistungspflicht der Baugewährleistungsversicherung – vergleichbar mit einer Betriebshaftpflichtversicherung des Bauunternehmers⁴³⁹ - auch die Abwehr unberechtigter Mängelansprüche, die Baugewährleistungsversicherung hat damit gleichzeitig auch die für Haftpflichtversicherungen typische Rechtsschutzfunktion⁴⁴⁰. Demnach übernimmt der Versicherer neben der Prüfung und Befriedigung von Mängelansprüchen auch die Abwehr unberechtigter bzw. auch übersetzter Mängelansprüche des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer. Kommt es in einem Versicherungsfall zu einem Rechtsstreit über den Mängelanspruch zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber, wird nach Ziff. 3.1.1/3.1.2 VB BGV (2008) der Versicherer bei der Auswahl des Rechtsanwalts unterstützend tätig und führt ggf. auf seine Kosten den Rechtsstreit im Namen des Versicherungsnehmers⁴⁴¹. Die Aufwendungen für den Rechtsstreit werden grundsätzlich nach Ziff. 3.1.2 VB BGV (2008) nicht auf die Versicherungssumme angerechnet.

c) Selbstbehalt nach Ziff. 3.3 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 3.3 VB BGV (2008) „hat sich der Versicherungsnehmer je Versicherungsfall (s. Ziff. 2) mit 10% an der vom Versicherer zu zahlenden Entschädigung, mindestens jedoch mit 2.500,00 Euro, selbst zu beteiligen (Selbstbehalt), soweit im Versicherungsschein nichts anderes vereinbart worden ist“. In diesem Zusammenhang spricht Meier nicht zu Unrecht von einem „erheblichen“ Selbstbehalt⁴⁴², insbesondere wenn man sich die Versicherungsfälle in einer Größenordnung von über EUR 25.000 vor Augen hält, da deren prozentuales Ansteigen auch die 10%ige Selbstbehaltssumme für den Versicherungsnehmer unbegrenzt (!) ansteigen lässt. Die Rechtsschutzfunktion hingegen bleibt unabhängig vom Selbstbehalt

⁴³⁸ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1995.

⁴³⁹ Meier, Bauversicherungsrecht, S. 202.

⁴⁴⁰ v. Rintelen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, S. 1813.

⁴⁴¹ Fischer, in: Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1995.

⁴⁴² Meier, Bauversicherungsrecht, S. 206.

vollumfänglich aufrecht erhalten, da nach Ziff. 3.3. S. 2 VB BGV (2008) „für die Abwehr unberechtigter Mängelansprüche (siehe Ziff. 3.1) auch innerhalb dieses Selbstbehalts Versicherungsschutz besteht“.

2. Entschädigungsleistungen des Versicherers nach Ziff. 6 VB BGV (2008)

Ziff. 6 VB BGV (2008) regelt die Voraussetzungen, die Modalitäten sowie den Umfang der vom Versicherer zu erbringenden Entschädigungsleistungen wie folgt:

a) Voraussetzungen für Entschädigungsleistungen nach Ziff. 6.1 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 6.1 VB BGV (2008) müssen im Wesentlichen zwei Voraussetzungen für die Entschädigungsleistung erfüllt sein: Zum einen muss die „Leistungsverpflichtung des Versicherungsnehmers wegen Mängelansprüchen mit bindender Wirkung für den Versicherer festgestellt sein“. Damit dürfte gemeint sein, dass die gegen den Versicherungsnehmer geltend gemachten Mängelansprüche im Sinne der Leistungspflicht in Ziff. 3.1 VB BGV (2008) unter den dort genannten Bedingungen „berechtigt“ sind. Ist dies der Fall, muss der Versicherungsnehmer zum anderen dem Versicherer nachweisen, „dass er seinerseits die notwendigen Mängelbeseitigungsarbeiten durchgeführt hat, oder er die notwendigen Mängelbeseitigungsarbeiten hat durch Dritte durchführen lassen und bezüglich der hieraus resultierenden Kosten in Vorleistung gegangen ist, oder die Voraussetzungen für eine Minderung (siehe Ziff. 1.3.1) vorliegen“. Dies bedeutet, dass der Versicherungsnehmer entweder selbst die notwendigen Mängelbeseitigungsarbeiten durchführt oder aber durch Dritte durchführen lässt und diesbezüglich in Vorleistung tritt, wobei auch die Leistungen Dritter im Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer ebenfalls ausschließlich auf Grundlage der Selbstkostenbasis (!), s.u.) vergütet werden.

b) Direktauszahlung der Entschädigungsleistungen an Versicherungsnehmer bzw. dessen (nicht unproblematische) Freistellung nach Ziff. 6.1 VB BGV (2008)

In Erweiterung der bisherigen Versicherungsbedingungen (vgl. Ziff. 5.1.1 VB BGV (2005)) kann der Versicherer die Entschädigungsleistung nicht nur in Form einer Direktauszahlung an den Versicherungsnehmer (vgl. Ziff. 6.1 Alt. 1 VB BGV (2008)) leisten, sondern kann auch den Versicherungsnehmer „innerhalb dieser Frist von berechtigten Ansprüchen des Auftraggebers (Bauherrn) oder Erwerber freistellen“ (vgl. Ziff. 6.1 Alt. 2 VB BGV (2008)).

Allerdings ist für die Freistellung in dieser letztgenannten Alt. 2 jedenfalls vom Wortlaut her gerade nicht erwähnt, dass - wie in der Alt. 1 - ein Abzug des Selbstbehalts aus Ziff. 3.3 VB BGV (2008) erfolgt. Fraglich ist dann, wie sich diese Regelung in ihrer aktuellen Formulierung v.a. bei einer Minderung auswirkt: Macht der Auftraggeber ggf. seinen Erstattungsanspruch wegen eines von ihm bereits an den Auftragnehmer gezahlten Mehrbetrags nach § 638 Abs. 4 BGB geltend, so ist fraglich, in welchem Umfang der Versicherer den Auftragnehmer hiervon freizustellen hat: Nach dem - in diesem Fall zugunsten des Auftraggebers auszulegenden - Wortlaut der Alt. 2 erfolgt die Freistellung ohne ausdrücklichen Abzug des Selbstbehaltes (während dieser Abzug in der Alt. 1 formuliert ist). Dies bedeutet, dass zunächst der Versicherer in Vorleistungspflicht tritt und den gesamten Minderungsbetrag auszahlt, damit den Versicherungsnehmer entsprechend der Formulierung der Alt. 2 vollumfänglich freistellt und im Innenverhältnis vom Versicherungsnehmer dessen Selbstbehalt nach Ziff. 3.3 VB BGV (2008) einfordern kann. Fraglich ist allerdings weiterhin, ob durch ein solches Vorgehen der Auftraggeber durch den Erhalt des vollen Minderungsbetrags nicht besser gestellt wird, als wenn sein Minderungsrecht (in Form eines Anspruchs auf „Erstattung des Minderungsbetrages“, vgl. Ziff. 10.2 VB BGV (2008)) erst in der Insolvenz des Auftragnehmers einschlägig wäre. Dort soll nach Ziff. 10.4 VB BGV (2008) der Anspruch des Auftraggebers auf Zahlung eines Minderungsbetrages lediglich abzüglich einer Art Selbstbeteiligung des Auftraggebers von 500,00 Euro bestehen. Aus Sicht des Versicherers ist dieses Ergebnis insoweit wirtschaftlich bedenklich, da der Versicherer zunächst mehr leisten muss, als er eigentlich im Deckungsverhältnis zum Versicherungsnehmer schuldet, nämlich Entschädigungsleistung abzüglich Selbstbehalt des Versicherungsnehmers. Möglicherweise muss auch der Rechtsgedanke aus § 257 BGB berücksichtigt werden, wonach grundsätzlich der Befreiungsanspruch nicht über das im Innenverhältnis Geschuldete hinausgehen kann, bzw. auch das v.a. im Insolvenzfall zum Tragen kommende „Prinzip der Abbildung des Deckungsverhältnisses im Vollzugsverhältnis“ (s.u.). Allerdings ist dem Versicherer vorzuwerfen, dass er den Abzug des Selbstbehalts gerade nicht in der Alt. 2 von 6.1 VB BGV (2008) vorsieht, er im Übrigen bei vollständiger Vorleistung einen ggf. (unnötigen) Folgeprozess des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer wegen der ausstehenden Selbstbehaltszahlung vermeiden kann. Aus Sicht des Auftraggebers ist das Ergebnis wirtschaftlich sinnvoll, vergleicht man nämlich das Ergebnis mit den vollumfänglich durchgeführten Mängelbeseitigungsarbeiten, für die dann lediglich im Innenverhältnis der Versicherungsnehmer vom Versicherer eine Entschädigung erhält, so

muss der Auftraggeber – wie bei einer vollständigen Herstellung der Mangelfreiheit des Gewerks – auch den vollständig ihm zustehenden Minderungsbetrag im Rahmen der Freistellung vom Auftragnehmer bzw. dessen Versicherer und zwar ohne Abzüge erhalten. Hierfür spricht auch die in Ziff. 3.1 VB BGV (2008) niedergelegte Intention der Baugewährleistungsvericherung, dass der Versicherer sämtliche „berechtigte Mängelansprüche gegen den Versicherungsnehmer durch Zahlung einer Entschädigung befriedigt“, wobei die Mängelansprüche dann berechtigt sind, wenn der Versicherungsnehmer v.a. aufgrund Gesetzes zur Nacherfüllung einschließlich der Mängelbeseitigung oder zur Zahlung des Minderungsbetrages verpflichtet ist und der Versicherer dadurch gebunden ist (vgl. Ziff. 3.1 S. 2 VB BGV (2008)). Nichtsdestotrotz wäre es gerade zwecks Rechtssicherheit für den Auftraggeber wünschenswert, dass der Versicherer bezüglich der Freistellung zukünftig klarstellt, ob bzw. dass es tatsächlich bei dieser Auslegung, nämlich Freistellung ohne jegliche Abzüge von Selbstbehalten, bleibt, oder aber – wenn dies der Versicherer anders beabsichtigt – in der Regelung den auch bei der Minderung zwingend vorzunehmenden Abzug des Selbstbehalts klarstellend aufnimmt.

c) Umfang der Entschädigungsleistungen nach Ziff. 6.1.1 – 6.3 VB BGV (2008)

Der Umfang der Entschädigungsleistung richtet sich im Detail nach den Ziff. 6.1.1 – 6.3 VB BGV (2008):

i) Sämtliche Mängelbeseitigungskosten nach BGB und VOB/B einschließlich vorbereitender und wiederherstellender Maßnahmen nach Ziff. 6.1.1 VB BGV (2008)

Zu den ersatzfähigen, notwendigen Mängelbeseitigungskosten gehören sämtliche Nacherfüllungs- und Minderungsmaßnahmen, welche vom Auftragnehmer nach BGB bzw. VOB/B geschuldet werden⁴⁴³: Dabei beschränkt sich die erstattungsfähige Nacherfüllungspflicht nicht nur darauf, die eigene mangelhafte Leistung bzw. die von Subunternehmern nachträglich in einen mangelfreien Zustand zu versetzen, sondern sie umfasst vielmehr sämtliche Arbeiten, die entweder vorbereitend erforderlich sind, um den Mangel an der eigenen Leistung zu beheben, sowie Arbeiten, die notwendig nach durchgeführter Mängelbeseitigung anfallen, um den vorherigen Zustand wiederherzustellen (vgl. Ziff. 6.1.1 S. 2

⁴⁴³ v. Rintelen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, S. 1813.

VB BGV (2008)). Auch diese Leistungen gehören untrennbar zur Mängelbeseitigungspflicht des Auftragnehmers⁴⁴⁴ und sind auch erstattungsfähige Positionen.

ii) Mängelbeseitigungskosten (lediglich) auf Selbstkostenbasis nach Ziff. 6.1.1 S. 1 und 6.1.2 VB BGV (2008)

Allerdings erfolgt die Entschädigungsleistung für die Mängelbeseitigungskosten nach Ziff. 6.1.1 S. 1 VB BGV (2008) i.V.m. 6.1.2 VB BGV (2008) (keine Zuschläge für Wagnis und Gewinn sowie Allgemeine Geschäftskosten) ausschließlich auf der Selbstkostenbasis des Auftragnehmers. Dies gilt sowohl für die Nachbesserung in eigener Regie des Versicherungsnehmers als auch – dies wird später bei der Frage des Insolvenzfalls relevant werden – für die Durchführung der Nacherfüllung durch einen Drittunternehmen, selbst in diesem Fall werden dem Versicherungsnehmer im Innenverhältnis nur die Selbstkosten des Drittunternehmers ersetzt⁴⁴⁵. Die Entschädigung erfolgt deshalb ohne Zuschläge für Wagnis, Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten unabhängig davon, ob der Versicherungsnehmer selbst die Mängelbeseitigung durchführt oder er bzw. der Generalübernehmer den Mangel durch einen Drittunternehmer beseitigen lässt⁴⁴⁶.

iii) (Begrenzte) Schadenssuchkosten nach Ziff. 6.2 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 6.2 werden dem Versicherungsnehmer grundsätzlich auch dessen Schadenssuchkosten ersetzt, diese allerdings grundsätzlich auf eine Höchstersatzleistung von 30.000,00 Euro begrenzt.

iv) (Begrenzte) Entschädigungsleistung bei optischen Mängeln nach Ziff. 6.3 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 6.3 VB BGV (2008) „beträgt die Wertgrenze für Ansprüche wegen optischer Mängel – sofern im Versicherungsschein keine anderweitige Vereinbarung getroffen worden ist – im Rahmen der vereinbarten Versicherungssumme 30.000,00 Euro“.

⁴⁴⁴ Fischer, in: Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1996.

⁴⁴⁵ Fischer, in: Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1996.

⁴⁴⁶ v. Rintelen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, S. 1813.

III. Deckungsausschlüsse bzw. -einschränkungen

Der Einstandspflicht des Versicherers steht eine Vielzahl von ausdrücklich normierten bzw. sich auch aus der Auslegung ergebenden Deckungsausschlüssen bzw. Deckungseinschränkungen entgegen:

1. Nicht versicherte Tatbestände nach Ziff. 7 VB BGV (2008)

Ziff. 7. VB BGV (2008) normiert ausdrücklich die Fälle, in denen keine Deckung durch die Baugewährleistungsversicherung eintreten soll. Allerdings enthält Ziff. 7 VB BGV (2008) nicht nur haftungsrechtliche Tatbestände, die deckungsrechtlich von der Baugewährleistungsversicherung nicht umfasst sein sollen, sondern darüber hinaus weitere Ausschlusstatbestände (insbesondere für bestimmte Vertragstypen, bei Vorliegen bestimmter wirtschaftlicher bzw. familiärer Verflechtungen des Versicherungsnehmers etc.) sowie eine ebenfalls zu erwähnende Subsidiaritätsklausel:

a) Ausschluss bestimmter Mängelrechte

Obwohl bestimmte Mängelrechte nach BGB bzw. VOB/B bereits gar nicht in den Deckungsbereich der Baugewährleistungsversicherung fallen (da nicht Gegenstand der Versicherung i.S.v. Ziff. 1.3 VB BGV (2008)), wird der Ausschluss bestimmter Mängelrechte nochmals explizit in Ziff. 7 VB BGV (2008) - teilweise wiederholend, teilweise erweiternd - manifestiert:

i) Sonstige Mängelrechte außer Nacherfüllung und Minderung nach Ziff. 7.3 VB BGV (2008)

Dementsprechend sind ausdrücklich nach Ziff. 7.3 VB BGV (2008) sonstige „Mängelansprüche des Auftraggebers (Bauherrn) oder Erwerbers ausgeschlossen, soweit diese Ansprüche nicht auf Nacherfüllung im Sinne von § 635 BGB, auf Mängelbeseitigung im Sinne von § 13 Ziff. 5 VOB/B, oder – sofern die Beseitigung des Mangels unmöglich, unzumutbar oder mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden ist – auf Minderung gerichtet sind (vgl. Ziff. 1.3)“. Im Einzelnen:

(a) Schadensersatzansprüche, insbesondere wegen Mangelfolgeschäden nach Ziff. 7.7 VB BGV (2008)

Generell sind sämtliche (haftungsrechtliche) Schadensersatzansprüche aus einem BGB- bzw. VOB-Bauvertrag ausgeschlossen, v.a. aus §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB bzw. § 13 Nr. 7 VOB/B⁴⁴⁷. In Konkretisierung dieses allgemeinen Ausschlusses schließt Ziff. 7.7 VB BGV (2008) auch sämtliche Mangelfolgeschäden aus, also „Ansprüche wegen Schäden, die am sonstigen Vermögen des Auftraggebers (Bauherrn) oder Erwerbers entstehen“. Bei den Mangelfolgeschäden handelt es sich v.a. um Schäden, die nur mittelbar aus der mangelhaften Leistung hervorgehen⁴⁴⁸: Demnach sind Mängel an der Bauleistung prinzipiell versichert, nicht versichert hingegen sind Ansprüche wegen Schäden außerhalb der Bauleistung am sonstigen Vermögen des Bauherrn. Hierzu zählen v.a. Schäden aus entgangenem Gewinn, Mietausfälle sowie Mangelfolgeschäden an sonstigen Gütern (wie Möbel, Hausrat) des Auftraggebers bzw. Dritter, die durch den Baumangel bedingt sind⁴⁴⁹. Bestimmte Schadensersatzansprüche wegen Mangelfolgeschäden sind allenfalls im Rahmen einer (ggf. seitens des Auftragnehmers außerdem abgeschlossenen) Betriebshaftpflichtversicherung gedeckt⁴⁵⁰, welche im Übrigen nach dem Subsidiaritätsgrundsatz aus Ziff. 7.5.6 VB BGV (2008) in diesem Fall vorrangig in Anspruch zu nehmen wäre⁴⁵¹.

(b) Rücktritt nach Ziff. 7.8 VB BGV (2008)

Obwohl bereits das Rücktrittsrecht nach BGB bzw. VOB/B gar nicht Gegenstand der Versicherung und damit nicht von der Deckung dem Grunde nach umfasst ist, schließt Ziff. 7.8 VB BGV (2008) explizit „Ansprüche aus, die aus dem Vertragsrücktritt des Auftraggebers (Bauherrn) oder Erwerbers entstehen“.

ii) Mängelrechte wegen nicht erfolgter bzw. nicht ordnungsgemäßer Mängelbeseitigung nach Ziff. 7.4 VB BGV (2008)

Beschränkt auf die haftungsrechtlicher Ebene wären zwar dem Grunde nach auch solche Nacherfüllungs- bzw. Minderungsrechte erfasst, „die bei den einzelnen Baustellenbegehungen und/oder bei der Schlussabnahme festgestellt, in Begehungsprotokollen und/oder im

⁴⁴⁷ v. Rintelen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, S. 1813.

⁴⁴⁸ Thesenvitz, in: Korbion, Baurecht, S. 238.

⁴⁴⁹ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1997.

⁴⁵⁰ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 179.

⁴⁵¹ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 179.

Schlussabnahmeprotokoll festgehalten und vom Versicherungsnehmer nicht oder nicht ordnungsgemäß beseitigt worden“, was aber auf deckungsrechtlicher Ebene nach Ziff. 7.4 VB BGV (2008) ausgeschlossen wird. Dieser Tatbestandausschluss wurde – im Gegensatz zur bisherigen Fassung der VB BGV (2005) – nunmehr ausdrücklich in die neue Fassung in Ziff. 7.4. VB BGV (2008) aufgenommen; insoweit wird aber letztendlich nur klargestellt, was bereits die Definition des Versicherungsschutzes in Ziff. 1.2 VB BGV (2008) (bzw. Ziff. 1.2.1 VB BGV (2005)) enthält, dass nämlich Versicherungsschutz nur für Mängel an der Bauleistung besteht, die „erstmal“ nach Abnahme der Bauleistung auftreten (s.u. zu den Auswirkungen dieser Ausschlussklausel auf den Auftraggeber, insbesondere im Insolvenzfall des Auftragnehmers).

b) Ausschluss bestimmter Sachmängel nach Ziff. 7.5 VB BGV (2008)

Weiterhin werden in Ziff. 7.5 VB BGV (2008) bestimmte Sachmängel von dem im Grunde bestehenden Nacherfüllungsanspruch bzw. Minderungsrecht des Auftraggebers ausgeschlossen:

i) Versagen der Technik an haustechnischen Anlagen nach Ziff. 7.5.1 VB BGV (2008)

Ziff. 7.5.1 VB BGV (2008) führt nun – im Gegensatz zu dem noch recht weiten Ausschlussstatbestand in Ziff. 6.2 a) VB BGV (2005) – aus, dass „Ansprüche wegen Mängeln aus dem Versagen von Mess-, Steuerungs-, Sicherungs- und Regeltechnik an haustechnischen Anlagen, wie z.B. Heizungs-, Belüftungs-, Brandschutz-, Klimaanlage u.ä., deren Ursache in einem mangelhaften Produkt [nunmehr klarstellend] des jeweiligen Herstellers liegt, ausgeschlossen sind. Der Versicherungsschutz für Bauleistungen, die auf die Erstellung der oben genannten haustechnischen Anlagen gerichtet sind, bleibt [auch dies nunmehr klarstellend] davon unberührt“. In Zusammenschau mit dem Ausschluss von Mangelgeschäden nach Ziff. 7.7 VB BGV (2008) bedeutet dies Folgendes: Zum einen ist nach dem Wortlaut (lediglich) auf das „Versagen von Mess-, Steuerungs-, Sicherungs- und Regeltechnik“ als Sachmangel abzustellen, nicht hingegen auf den mangelbedingten Ausfall

der Anlagen als solchen, also der Heizungs-, Belüftungs-, Brandschutz-, Klimaanlage u.ä.⁴⁵². Ebenso bleibt nach S. 2 der Versicherungsschutz für die Bauleistungen als solche, die auf die Erstellung der genannten haustechnischen Anlagen gerichtet sind, vom Ausschlussbestand des Versagens der Technik unberührt. Zum anderen kann es aber als Folge des Versagens der Mess-, Steuerungs-, Sicherungs- und Regeltechnik (nicht aber der Anlagen als solchen!) zu einem Sachschaden entweder an der haustechnischen Anlage selbst oder – sozusagen „weiterfressend“ – an der Bausubstanz bzw. ganz entfernt am sonstigen Vermögen des Auftraggebers bzw. von Dritten kommen. Diese nahen bzw. entfernten Mangel- folgeschäden sind (jedenfalls) nicht von der Baugewährleistungsversicherung (vgl. ausdrücklich Ziff. 7.7 VB BGV (2008)) umfasst, unter bestimmten Umständen allerdings von einer ggf. weiterhin abgeschlossenen Betriebshaftpflichtversicherung des Auftragnehmers.

ii) Nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechende u.ä. Baustoffe/- teile nach Ziff. 7.5.2 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 7.5.2 VB BGV (2008) sind „Ansprüche wegen Mängel an der Bauleistung durch Baustoffe oder Bauteile, deren Verwendung oder Wirkung im Hinblick auf den konkreten Verwendungszweck nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprachen, die durch eine zuständige Prüfstelle beanstandet oder vorschriftswidrig noch nicht geprüft worden sind oder für die ein Brauchbarkeitsnachweis nicht erbracht worden ist, ausgeschlossen“. Prinzipiell schuldet der Auftragnehmer dem Auftraggeber aufgrund des Bauvertrages eine Bauleistung, die sowohl hinsichtlich der Bauleistung selbst als auch hinsichtlich der verwendeten Baumaterialien den anerkannten Regeln der Technik entspricht, nur die aus einer solchen Bauleistung resultierenden Mängelrechte sind Gegenstand der Baugewährleistungsversicherung⁴⁵³. Das sog. „Experimentierisiko“ des Auftragnehmers im Hinblick auf nicht zugelassene bzw. nicht erprobte Baustoffe und Bauteile sowie eine nicht der Art und Weise entsprechende Verwendung der Baustoffe bzw. Bauteile ist dagegen nach Ziff. 7.5.1 VB BGV (2008) vom Versicherungsschutz ausgeschlossen⁴⁵⁴. Voit sieht diesen Deckungsausschluss nicht unkritisch, da zwar aus Sicht des Versicherers dieser Ausschluss „verständlich

⁴⁵² v. Rintelen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, S. 184; insoweit unklar, da nicht zwischen „Technik“ und „Anlage“ differenzierend: Fischer, in: Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1997.

⁴⁵³ Fischer, in: Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1997.

⁴⁵⁴ Fischer, in: Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1997.

sei, aber die Vorteile [der Baugewährleistungsversicherung] für den Bauherrn einschränke“⁴⁵⁵.

iii) Baugrundrisiko nach Ziff. 7.5.3 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 7.5.3 VB BGV (2008) ist auch „die Verwirklichung des Baugrundrisikos“ ausgeschlossen, wobei zum Baugrundrisiko auch Schiefstellungen, Setzungsrisse etc. gehören sollen⁴⁵⁶.

iv) Raumakustikmängel nach Ziff. 7.5.4 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 7.5.4 VB BGV (2008) sind „Mängel der Raumakustik“ ebenfalls ausgeschlossen. Unter „Raumakustik“ soll lediglich die fehlerhafte akustische Gestaltung eines Raumes, nicht aber die üblichen Mängel der Bauakustik durch fehlerhafte Drittschall- oder Luftschallisolierung gemeint sein⁴⁵⁷.

v) Außenanlagenmängel nach Ziff. 7.5.5 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 7.5.5 VB BGV (2008) sind „Mängel an Außenanlagen einschließlich Bepflanzungen und Aussaat“ ebenfalls ausgeschlossen.

vi) Bauleistungsmängel wegen ausschließlich mangelhafter Planung nach Ziff. 7.5.9 VB BGV (2008)

Ziff. 7.5.9 VB BGV (2008) möchte „Ansprüche wegen Mängeln an der Bauleistung ausschließen, deren ausschließliche Ursache in einer mangelhaften Planung liegt“. In Erweiterung der bisherigen Fassung in Ziff. 6.2 i) VB BGV (2005) ist zwar nunmehr in Ziff. 7.5.9 VB BGV (2008) als weitere Einschränkung des Ausschlusstatbestandes aufgenommen, dass die Ursache des Mangels „ausschließlich“ in einer mangelhaften Planung liegen muss, doch ist dieser Ausschlusstatbestand einer - zulasten des Versicherungsnehmers bzw. letztendlich des Auftraggebers - weiten Auslegungsmöglichkeit, nicht zuletzt aufgrund ihrer Unbestimmtheit und dann zu problematisierenden Intransparenz wie folgt zugänglich:

⁴⁵⁵ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 246.

⁴⁵⁶ v. Rintelen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, S. 1814.

⁴⁵⁷ v. Rintelen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, S. 184; Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1998.

(a) Bauleistungsmangel wegen ausschließlich mangelhafter Planung eines – in der Berufshaftpflichtversicherung (pflicht- bzw. freiwillig) versicherten – Architekten, Ingenieurs bzw. auch Bauunternehmers/Auftragnehmers

Aus der „nachvollziehbaren“ Intention dieses Ausschlussstatbestandes soll die Planerhaftpflicht Vorrang vor der Baugewährleistungsversicherung haben⁴⁵⁸. Insoweit ist es aus (letztendlich wirtschaftlicher) Sicht des Auftraggebers unproblematisch, wenn ausschließlich ein Planungsfehler eines in der Berufshaftpflichtversicherung Pflicht- bzw. freiwillig Versicherten zu einem Mangel geführt hat: zum einen ist dann der hierfür verantwortliche Architekt bzw. Ingenieur durch die von ihm als Pflichtversicherung abzuschließende Berufshaftpflichtversicherung der Architekten und Bauingenieure für diesen ausschließlichen Planungsfehler pflichtversichert, so dass der Auftraggeber durch diesen Versicherer schadlos gestellt wird. Zum anderen gilt dies gleichermaßen, wenn ein Bauunternehmer bzw. Auftragnehmer, welcher wie ein freischaffender Architekt bzw. Bauingenieur tätig wird (weil er beispielsweise Planungsaufgaben und/oder statische Berechnungen o.ä. übernommen hat), für solche Fälle eine – der Berufshaftpflichtversicherung für Architekten bzw. Bauingenieure vergleichbare - Versicherung freiwillig abgeschlossen hat⁴⁵⁹.

(b) Bauleistungsmangel wegen ausschließlich mangelhafter Planung eines – nicht über die Berufshaftpflichtversicherung versicherten – Bauunternehmers/Auftragnehmers

Hat der Bauunternehmer bzw. Auftragnehmer keine entsprechende Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen, so soll bei den „Planleistungen“ wie folgt zu differenzieren sein⁴⁶⁰:

(i) Mangelhafte Planungsleistung des Bauunternehmers/Auftragnehmers bezüglich des Herstellungsprozesses bzw. seiner Nebenleistungen

Auf der einen Seite kann es sich um „Planungs“-Tätigkeiten des Auftragnehmers handeln, die in der VOB/C als Nebenleistungen charakterisiert werden. Hier geht es regelmäßig nicht um planerische Überlegungen für die konkrete Ausgestaltung des Bauobjektes (s. nachfolgende Alternative), sondern um die notwendigen Planungen für (beispielsweise)

⁴⁵⁸ Meier, Bauversicherungsrecht, S. 205 Fn. 666.

⁴⁵⁹ Wahne, in: Jacob/Ring/Wolf, Freiberger Handbuch, S. 776.

⁴⁶⁰ Meier, Bauversicherungsrecht, S. 205 Fn. 666, S. 116.

Baubeihelfe, also letztendlich Hilfsmittel bzw. Hilfskonstruktionen, die der Bauunternehmer in seinem Herstellungsprozess benötigt (z.B. Traggerüste)⁴⁶¹. Hierbei stellt sich die Frage, ob diese tatsächlich vom Ausschlussstatbestand der Ziff. 7.5.9 VB BGV (2008) umfasst sein soll, würde man auch diese „Planungsleistung“ des Auftragnehmers unter den in Ziff. 7.5.9 VB BGV (2008) genannten Begriff der „Planung“ subsumieren. Dies ist aber abzulehnen, denn darin läge ein Wertungswiderspruch zur Eistandspflicht der Baugewährleistungsvericherung bei – auch in diesem Fall gegebenen - reinen Ausführungsfehlern des Auftragnehmers im Herstellungsprozess⁴⁶². Bejaht man hingegen für diesen Fall durch eine relativ weite, am Wortlaut orientierte Auslegung den Ausschluss der Eintrittspflicht der Baugewährleistungsvericherung, so sollen solche „Planungsfehler“ mindestens von der Betriebshaftpflichtversicherung des Auftragnehmers gedeckt sein, nämlich als „Planungs“-Tätigkeiten⁴⁶³. Insoweit beschränkt sich das Risiko des Auftraggebers darauf, dass u.U., was aber atypisch für die Praxis wäre, der Bauunternehmer nicht über eine entsprechende Betriebshaftpflichtversicherung verfügt.

(ii) Mangelhafte Planungsleistung des Bauunternehmers/Auftragnehmers bezüglich der konkreten Ausgestaltung des Bauobjekts

Auf der anderen Seite ist die versicherungsrechtliche Lage nicht einfach, wenn der Auftragnehmer mangelhafte Planungsleistungen im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung des Bauobjektes, damit Planungsleistungen im Sinne einer – in diesem Fall nicht abgeschlossenen - Berufshaftpflichtversicherung der Architekten und Bauingenieure ausgeführt hat: Hier dürfte zunächst unstrittig sein, dass die Baugewährleistungsvericherung aufgrund ihrer Intention und des dortigen Vorrangs der Planerhaftpflicht in diesem Fall der typischen fehlerhaften Bauobjektplanung nicht eintrittspflichtig ist (vgl. Ziff. 7.5.9 VB BGV (2008)). Nicht unumstritten ist dann aber die Folgefrage, ob für diesen Fall die regelmäßig auch abgeschlossene Betriebshaftpflichtversicherung eintrittspflichtig wird: Meier ist der Auffassung, dass diese Planleistungen, die nach dem abweichenden Grundbedingungsmerk der besonderen Risikobeschreibungen für Architekten- und Ingenieurleistung (BBR) versicherbar sind (bzw. gewesen wären), nicht in der Bau-Betriebshaftpflichtversicherung

⁴⁶¹ Meier, Bauversicherungsrecht, S. 116.

⁴⁶² Meier, Bauversicherungsrecht, S. 205 Fn. 660.

⁴⁶³ Meier, Bauversicherungsrecht, S. 116.

versichert seien⁴⁶⁴. Hingegen meint Wahner (zugleich für den Spezialversicherer VHV Vereinigte Haftpflichtversicherung V.a.G. Hannover tätig), dass für den Fall, dass der Bauunternehmer für ein bestimmtes Bauvorhaben sowohl die Bauausführung als auch Architekten-/Bauingenieurtätigkeiten übernimmt, „in der Regel“ über die Baubetriebshaftpflichtversicherung auch Versicherungsschutz bestünde, falls der Bauunternehmer „wegen Schäden“, die aus einer fehlerhaften Architekten- bzw. Ingenieurtätigkeit resultieren, schadensersatzpflichtig gemacht wird⁴⁶⁵. Ob mit dieser Eintrittspflicht „für Schäden“ aber auch die verbundenen Mängelrechte der Nacherfüllung und Minderung wegen mangelhafter Planungsleistung des Bauunternehmers umfasst sind und damit im Ergebnis eine Vertragserfüllung, bleibt letztendlich offen, dürfte aber vom Versicherten Risiko der Haftpflichtversicherung nicht mehr umfasst sein. Aus Sicht des Auftraggebers besteht sein weiteres Risiko aus Ziff. 7.5.9 VB BGV (2008) v.a. im Falle der Insolvenz des Auftragnehmers: Beruft sich der Versicherer erstmalig im Insolvenzfall auf diesen Ausschlussstatbestand, dass nämlich der Versicherungsnehmer ausschließlich durch eine mangelhafte Planung den Mangel verursacht habe, so steht der Direktanspruch dem Auftraggeber nicht zu. Allerdings ist dann nach § 242 BGB zu prüfen, ob sich der Versicherer nicht treuwidrig verhält, wenn er sich erst zu diesem späten Zeitpunkt der Insolvenz auf den Ausschlussstatbestand der Ziff. 7.5.9 VB BGV (2008) beruft, nachdem er aber durch einen Bausachverständigen, dessen Kenntnis bzw. Kennenmüssen der Versicherer sich zurechnen lassen muss, bis zu diesem Zeitpunkt das gesamte Bauvorhaben gutachterlich hat begleiten lassen, letztendlich schon davor Kenntnis hatte bzw. hätte haben müssen, dass ausschließlich Planungsfehler seitens des Versicherungsnehmers die einzige Ursache der Sachmängel sind.

(c) Bauleistungsmangel wegen nicht ausschließlich mangelhafter Planung/Quotale Mitverursachung anderer Umstände

Wie bereits ausgeführt, möchte die neue Fassung des Ausschlussstatbestandes in Ziff. 7.5.9 VB BGV (2008) die Nicht-Eintrittspflicht der Baugewährleistungsversicherung nur für den Fall der „ausschließlichen“ Ursache in einer mangelhaften Planung sehen. Insoweit muss (wohl) von einem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ ausgegangen werden, dass in dem Fall, dass

⁴⁶⁴ Meier, Bauversicherungsrecht, S. 116.

⁴⁶⁵ Wahner, in: Jacob/Ring/Wolf, Freiberger Handbuch, S. 776.

neben einer mangelhaften Planungsleistung noch andere Umstände zu dem Sachmangel geführt haben, sich der Versicherer nicht bzw. auch nicht teilweise auf den Ausschlussstatbestand berufen kann. Hierfür spricht auch der Umstand, dass keine Quotelungsregelung im Hinblick auf Mitverursachungsbeiträge in der Neufassung der VB BGV (2008) aufgenommen wurde, wie es beispielsweise noch in der Vorgängerfassung in Ziff. 3.3 VB BGV (2005) im Hinblick auf entsprechend geregelte Quotelungen bei Arbeitsgemeinschaften der Fall war. Dies dürfte auch der Baupraxis entsprechen, da letztendlich selten in dem eigentlich erforderlichen Umfang festgestellt werden kann, in welchem Verhältnis ein Planungsfehler sowie ein Ausführungsfehler zu dem Mangel geführt haben. Letztendlich soll der Ausschlussstatbestand von seiner Intention her ausschließlich auf ganz klassische Planungsfehler und die daraus resultierende Mängel, die ohne jegliche Mitverursachung durch Ausführungsfehler entstanden sind, beschränkt sein, wofür auch die Ergänzung des neuen Wortlauts der Ziff. 7.5.9 VB BGV (2008) durch das Wort „ausschließlich“ spricht.

c) Ausschluss sämtlicher Rechtsmängel nach Ziff. 7.11 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 7.11 VB BGV (2008) sind, obwohl eigentlich von der haftungsrechtlichen Ebene umfasst (s.o.), sämtliche Ansprüche ausgeschlossen, „die daraus hergeleitet werden, dass gelieferte Sachen oder Arbeiten mit einem Rechtsmangel behaftet sind, z.B. aus der Verletzung von Patenten, gewerblichen Schutzrechten, Urheberrechten, Persönlichkeitsrechten, Verstößen im Wettbewerb und Werbung“.

d) Sonstige Ausschlüsse nach Ziff. 7 VB BGV (2008)

Sonstige Ausschlüsse nach Ziff. 7 VB BGV (2008) sind:

i) Sowiesokosten Ziff. 7.6 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 7.6 VB BGV (2008) sind auch die Sowiesokosten ausgeschlossen, d.h. die Kosten, die der Versicherungsnehmer bei einer vertragsgerechten Ausführung von vornherein hätte mehr aufwenden müssen, z.B. Differenzkosten für besseres Material oder für eine größere Dimensionierung etc.⁴⁶⁶.

ii) Selbständige Garantiezusagen nach Ziff. 7.9 VB BGV (2008)

⁴⁶⁶ v. Rintelen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, S. 1813.

Nach Ziff. 7.9 VB BGV (2008) sind Ansprüche aus „selbständigen Garantiezusagen“ ausgeschlossen. Bei einem selbständigen Garantieversprechen übernimmt der Auftragnehmer bzw. Versicherungsnehmer die Haftung für einen über die Sacheigenschaften des Bauwerks hinausgehenden Erfolg⁴⁶⁷. Diese über die gesetzlichen Mängelrechte hinausgehenden Haftungsansprüche sind sinnvoller Weise von der Baugewährleistungsversicherung ausgeschlossen, um der Gefahr vorzubeugen, dass sich der Versicherungsnehmer im Hinblick auf eine mögliche Deckung zu gewagten selbständigen Garantiezusagen verpflichtet⁴⁶⁸.

iii) Wartungs- und Inspektionsverträge nach Ziff. 7.10 VB BGV (2008)

Ebenso sind Ansprüche aus Wartungs- und Inspektionsverträgen nach Ziff. 7.10 VB BGV (2008) ausgeschlossen, dies sicherlich auch im Hinblick auf die intervallmäßig wiederkehrenden, deshalb kaum zu kalkulierenden Risiken seitens des Versicherers im Hinblick auf mögliche Sachmängel.

iv) Ausschluss wegen Identität von Auftraggeber und Versicherungsnehmer nach Ziff. 7.5.7 VB BGV (2008) sowie bei Eigenleistung des Auftraggebers nach Ziff. 7.5.8 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 7.5.7 VB BGV (2008) ist ein Ausschluss bei Identität von Auftraggeber und Versicherungsnehmer aufgrund bestehender Interessenskonflikte zu recht vorgesehen. Nach Ziff. 7.5.8 VB BGV (2008) erfolgt ein Ausschluss, wenn der Auftraggeber Arbeiten in Eigenleistungen erbracht hat, was verständlich ist, da diesbezüglich u.a. keine Baukontrolle vorgesehen ist.

v) Ausschluss aufgrund wirtschaftlicher bzw. familiärer Verflechtungen des Versicherungsnehmers nach Ziff. 7.12 - 7.14 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 7.12. - 7.14 VB BGV (2008) ist der Versicherungsschutz ausgeschlossen, wenn zwischen Versicherungsnehmer und Auftraggeber Verflechtungen verschiedenster Art, insbesondere wirtschaftlicher, gesellschaftsrechtlicher bzw. familiärer Art bestehen. Insofern empfiehlt es sich, gerade auf Seiten des Versicherungsnehmers und juristischen Personen äußerst genau darauf zu achten, ob irgendwelche Verflechtungen zum Auftraggeber

⁴⁶⁷ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1998.

⁴⁶⁸ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1998.

bestehen; sollte dies der Fall sein, bleibt es bei entsprechender (auch rechtzeitiger) Anzeige dem Versicherer unbenommen, ggf. durch entsprechende Vereinbarungen gem. Ziff. 7 S. 1 VB BGV (2008) einen eigentlich bestehenden Ausschluss aus Ziff. 7.12 – 7.14 VB BGV (2008) u.U. gegen Erhöhung der Risikoprämie individualvertraglich abzubedingen.

vi) Ansprüche aus Vorsatz Dritter nach Ziff. 7.1 VB BGV (2008) und aufgrund bewusst pflichtwidrigen Verhaltens des Versicherungsnehmers nach Ziff. 7.2 VB BGV (2008)

Vergleichbar mit den Regelungen in der Berufshaftpflichtversicherung der Architekten und Ingenieure werden in Ziff. 7.1 und 7.2 VB BGV (2008) sämtliche Ansprüche aus Vorsatz Dritter bzw. „aufgrund bewusst pflichtwidrigen Verhaltens“ des Versicherungsnehmers ausgeschlossen, wobei Ziff. 7.2 VB BGV (2008) aus hiesiger Sicht nicht hinreichend klar - vergleichbar mit einer strafgesetzlichen Norm - definiert, welche Vorsatzform mit einem „bewusst pflichtwidrigen“ Verhalten gemeint sein soll? Damit stellt sich die Frage, ob schon der Eventualvorsatz, dessen Grenzen bekanntlich fließend zur bewussten (groben) Fahrlässigkeit sind, für einen Ausschluss der Eintrittspflicht des Versicherers ausreichen kann. Darüber hinaus ist relativ unbestimmt, was ein „bewusst (...) sonst pflichtwidriges Verhalten des Versicherten“ sein soll (grammatikalisch wäre bereits der korrekte Begriff „Versicherungsnehmer“ zu wählen). Nicht unkritisch ist die Frage, ob der Versicherer sich ggf. auf Ziff. 7.2 VB BGV (2008) berufen kann, wenn ein – wie auch immer gearteter „bewusster“ - Verstoß des Auftragnehmers gegen seine Bedenkenhinweispflicht (beispielsweise aus § 4 Nr. 3 VOB/B) vorliegt und dieser auch später nicht vom Berechtigten genehmigt wird. Da prinzipiell Ausschlusstatbestände eng auszulegen sind bzw. auch eng zu definieren wären, sollte im Interesse der Rechtsklarheit zukünftig eine genauere Definition dieses Ausschlusstatbestandes in Ziff. 7.2 VB BGV (2008) vorgenommen werden, um nicht der Gefahr ausgesetzt zu sein, dass diese – von ihrem Ansatz her zweifelsohne aufzunehmende - Regelung im Rahmen einer AGB-rechtlichen Kontrolle ggf. für intransparent und unwirksam erklärt werden könnte.

e) Subsidiarität der Baugewährleistungsversicherung nach Ziff. 7.5.6 VB BGV (2008)

Wie bereits angedeutet, ist in einigen o.g. Versicherungsfällen eine Überschneidung mit anderen Versicherungen möglich; die Baugewährleistungsver sicherung tritt dann hinter diesen Versicherungen gem. Ziff. 7.5.6 VB BGV (2008) zurück, sie gilt damit subsidiär⁴⁶⁹.

2. Weitere Deckungseinschränkungen

Neben den in Ziff. 7 VB BGV (2008) aufgeführten Ausschlusstatbeständen besteht eine Reihe weiterer Deckungseinschränkungen bzw. auch Deckungsausschlüsse:

a) Deckungseinschränkung bei Leistungserweiterungen und Leistungsänderungen

Unabhängig von der nunmehr ausdrücklichen Regelung in Ziff. 1.1 S. 2 VB BGV (2008) in Bezug auf Änderungen und Erweiterungen des – bei unterlassener Mitteilung dann nicht versicherten - Leistungsumfangs bestehen Deckungseinschränkungen dadurch, dass es sich bei Änderungen oder Erweiterungen des Leistungsumfangs - jedenfalls nach dem den Altverträgen zugrundezulegenden VVG a.F. - um anzeigepflichtige Gefahren erhöhungen handelt mit der Folge, dass bei Unterlassen der Versicherungsschutz entfällt (s.o. zur Bau fertigstellungsversicherung). Insoweit sollten beide Vertragsparteien, letztendlich unabhängig vom Vorliegen eines Alt- bzw. Neuvertrages, bei vorgenommenen Änderungen und Erweiterungen des Leistungsumfangs darauf drängen, dass diese unverzüglich dem Versicherer in Schriftform mitgeteilt werden, um dann ggf. durch eine entsprechende Anpassung der Versicherungsprämie auch das geänderte bzw. erweiterte Bauvorhaben in den Versicherungsschutz einzubeziehen.

b) Deckungseinschränkung auf „erstmals“ nach Abnahme auftretende Mängel nach Ziff. 1.2 S. 1 und 7.4 VB BGV (2008)

Wie bereits ausgeführt, sind Mängel, die sich bereits vor der Abnahme gezeigt hatten bzw. nicht ordnungsgemäß beseitigt waren, von der Deckung nach Ziff. 1.2. S. 1 bzw. 7.4 VB BGV (2008) ausgeschlossen. Neben dieser Deckungslücke für den (solventen) Auftragnehmer kann auch dem Auftraggeber eine solche v.a. im Insolvenzfall des Auftragnehmers entstehen: Wurde vor der Abnahme ein Mangel festgestellt, dieser korrekt dokumentiert, dann aber nicht ordnungsgemäß durch den Auftragnehmer beseitigt und taucht dieser

⁴⁶⁹ Thesenvitz, in: Korbion, Baurecht, S. 238.

Mangel erneut innerhalb der Verjährungsfrist auf, so besteht diesbezüglich zunächst kein Erstattungsanspruchs des Auftragnehmers und in der Folge auch kein Direktanspruch des Auftraggebers im Insolvenzfall des Auftragnehmers. Insoweit ist aufgrund eines vom Auftraggeber nicht zu beeinflussenden Verhaltens des Auftragnehmers in Form der nicht ordnungsgemäßen Mängelbeseitigung der Insolvenzschutz des Auftraggebers für solche Mängel eingeschränkt.

c) Keine Deckung bei fehlerhaften Subunternehmerverträgen nach Ziff. 1.2 S. 3 VB BGV (2008) und damit verbundene Risiken für Versicherungsnehmer und Auftraggeber

Nach Ziff. 1.2 S. 3 VB BGV (2008) besteht dann kein Versicherungsschutz, wenn im Vertrag zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer keine dem Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer „entsprechenden“ vertraglichen Vereinbarungen über die „Verjährungsfristen und Haftung“ getroffen wurden. Prinzipiell ist es zwar richtig, dass der zwischen Auftraggeber und Subunternehmer „eingeklemmte“⁴⁷⁰ Generalunternehmer zwangsläufig ein berechtigtes Interesse an der „Parallelschaltung“ wichtiger Regelungen des Generalunternehmervertrages einerseits und des Subunternehmervertrages andererseits hat⁴⁷¹. Insoweit sind Generalunternehmer in der Regel bemüht, ein Regelwerk zu schaffen, mit dem sie in ihrer Funktion (in diesem Rechtsverhältnis) als Auftraggeber gegenüber dem Subunternehmer keine schlechtere Rechtsposition haben als in dem Rechtsverhältnis zu ihrem Auftraggeber, v.a. in den Bereichen Zahlungseingangs-, Insolvenz- und Kreditrisiko, Abnahmezeitpunkt, Kündigungsmöglichkeiten und – im Hinblick auf Ziff. 1.2 S. 3 VB BGV (2008) von besonderer Bedeutung – Haftung und Gewährleistungsfristen⁴⁷². Insoweit verpflichtet Ziff. 1.2. S. 3 VB BGV (2008) den Auftragnehmer als Versicherungsnehmer, mit seinen Subunternehmern „vertragliche Vereinbarungen über Verjährungsfristen und Haftung zu treffen, die zumindest den vertraglichen Vereinbarungen „entsprechen“, die zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Auftraggeber (Bauherr) oder Erwerber bestehen“. Fraglich ist aber, ob dieses Postulat überhaupt derart transparent ist, dass dem Versicherungsnehmer klar und deutlich ist, was konkret in welcher Form und welchem

⁴⁷⁰ Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, S. 585.

⁴⁷¹ Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, S. 585.

⁴⁷² Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, S. 1058 mit Verweis auf OLG Düsseldorf BauR 1995, 111.

Umfang er bezüglich der geforderten und letztendlich weiten Begriffe „Haftung“ und „Verjährungsfristen“ vereinbaren soll. Ein weiteres Problem aus AGB-rechtlicher Sicht ist, dass den oben beschriebenen Bemühungen nach einer „Synchronisierung“ der Vertragsbeziehungen nach §§ 305 ff. BGB bzw. auch nach Treu und Glauben Grenzen gesetzt sind, insbesondere kann bereits die Einbeziehung einzelner Bestimmungen des Generalunternehmervertrages in den Subunternehmervertrag nicht allein durch bloße Verweisung erfolgen⁴⁷³. Dem Subunternehmer muss zumindest die Möglichkeit der Einsicht eingeräumt werden⁴⁷⁴. Außerdem soll ein reines „Durchstellen“ der wichtigsten Bestimmungen des Generalunternehmervertrages auf den Subunternehmervertrag (z.B. das „Durchstellen“ einer Vertragsstrafe) in der Regel gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verstoßen⁴⁷⁵. Diese AGB-rechtlichen Risiken wirken sich sowohl für den Auftragnehmer als Versicherungsnehmer als auch für den Auftraggeber einschränkend aus: Der Auftragnehmer ist dem Risiko ausgesetzt, dass er keinen Versicherungsschutz bei Vergabe von Aufträgen an Subunternehmer hat, wenn er entweder eine „Synchronisierung bzw. Parallelschaltung“ - aus welchen Gründen auch immer - unterlässt bzw. einfach vergisst, oder aber diese nicht im - wie auch immer - erforderlichen Umfang umgesetzt wird bzw. auch nicht umsetzbar ist: Denn in der alltäglichen Baupraxis wird es kaum möglich sein, die Verjährungs- und Haftungsfragen aus seinem Verhältnis zum Auftraggeber sozusagen „1:1“ im Verhältnis zum Subunternehmer umzusetzen, zumal beiden Vertragsverhältnissen jeweils unterschiedliche Interessenslagen des Auftragnehmers/Generalunternehmers zu Grunde liegen, und sich ein Subunternehmer wohl kaum auf eine möglicherweise längere als sonst übliche Verjährungsfrist aus dem Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer/Generalunternehmer einlassen wird, geschweige denn auf eine verschärfte Haftung. Aus Sicht des Auftraggebers ist es nachteilig, dass er es zum einen nicht in der Hand hat, welche vertraglichen Beziehungen vom Generalunternehmer an dessen Subunternehmer „durchgestellt“ werden, es handelt sich bekanntlich um zu trennende Auftragsverhältnisse zwischen Auftraggeber und Generalunternehmer einerseits und Generalunternehmer und Subunternehmer anderseits⁴⁷⁶. Damit weiß der Auftraggeber u.U. nicht, ob sein Sicherungsmittel der Baugewährleistungs-

⁴⁷³ Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, S. 585.

⁴⁷⁴ Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, S. 585.

⁴⁷⁵ Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, S. 585.

⁴⁷⁶ Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, S. 584.

versicherung auch das Mängelrisiko auf Seiten des Subunternehmers „entsprechend“ umfasst. Zum anderen stellt sich im Insolvenzfall seines Auftragnehmers die Frage, ob sich der Versicherer wirksam auf den Deckungsausschluss der Ziff. 1.2. S. 3 VB BGV (2008) mit dem Argument berufen kann, der nunmehr insolvente Versicherungsnehmer habe nicht wirksam mit dem Subunternehmer die dort geforderte „Synchronisierung“ der Vertragsbeziehungen im Hinblick auf die „Verjährungsfristen und Haftung“ vorgenommen, was im Hinblick auf die baurechtliche Praxis und der dort verwendeten, oft unzureichenden Vertragswerke nicht unrealistisch erscheint. Insoweit ist der Versicherungsschutz gerade im Insolvenzfall für den Auftraggeber sowohl wegen der oben beschriebenen AGB-rechtlichen Risiken als auch der deckungsrechtlichen Einschränkungen bei einer ggf. weiten Auslegung des Ausschlusstatbestandes durch den Versicherer gefährdet (dies gilt v.a. in dem Fall, dass zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer als Generalunternehmer die werkvertragliche Verjährungsfrist von 5 Jahren grundsätzlich vereinbart war, der Generalunternehmer seinerseits aber (in der Praxis oft durch pauschale, besser gesagt undurchdachte „Bezugnahme auf die VOB/B“) im Verhältnis zum Subunternehmer lediglich die 4-jährige VOB-Verjährungsfrist vereinbart hatte und dann nach einem Zeitpunkt von (länger als) 4 Jahren nach Abnahme der Gewährleistungsfall noch in der werkvertraglichen 5-jährigen Verjährungsfrist eintritt: In diesem Fall soll aber weder bei Solvenz noch bei Insolvenz des Auftragnehmers ein mitversicherter Versicherungsschutz bestehen, da im Innenverhältnis zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer bereits Verjährung wegen der durch den Subunternehmer verursachter Mängel eingetreten ist und keine „Synchronisierung“ erfolgt war). Zusammengefasst bleibt dem Versicherer durch diese - aus hiesiger Sicht intransparenten - Regelungen ein äußerst weiter Auslegungsspielraum, der regelmäßig zu einer Deckungseinschränkung bei der Einschaltung von Subunternehmern führen kann.

d) Keine Deckung (mehr) bezüglich Arbeitsgemeinschaften?

Die Neufassung der VB BGV (2008) enthält keine der alten Ziff. 3.3 VB BGV (2005) vergleichbaren Regelung mehr zu den Arbeitsgemeinschaften. Demnach war nach den bisherigen Versicherungsbedingungen bzw. in Altverträgen auch die Teilnahme an Arbeitsgemeinschaften dem Grunde nach mitversichert⁴⁷⁷. Bei einer Arbeitsgemeinschaft haften be-

⁴⁷⁷ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1996.

kanntlich deren Gesellschafter dem Bauherrn gegenüber als Gesamtschuldner, die Verpflichtung aus dem Bauvertrag haben die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft in der Weise zu erfüllen, dass jeder, auch wenn er einen Mangel nicht verursacht hat, dem Bauherrn gegenüber verantwortlich ist. Der Auftraggeber kann also jeden Gesellschafter im Gewährleistungsfall in Anspruch nehmen, die Haftung der einzelnen Mietglieder bei Mängeln hängt von der zwischen den Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft getroffenen Vereinbarungen ab. Im Außenverhältnis trat jedoch nach Ziff. 3.3 VB BGV (2005) die Baugewährleistungsversicherung ein, sofern die entsprechende Deckungssumme ausreichte⁴⁷⁸. Diese Eintrittspflicht des Versicherers ist mit der Neufassung ersatzlos gestrichen worden. Ob damit bewusst ein gänzlicher Deckungsausschluss bei einer Beteiligung des Versicherungsnehmers an einer Arbeitsgemeinschaft gemeint ist oder aber die Baugewährleistungsversicherung – was wahrscheinlicher ist – jedenfalls nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen (quotal) für die versicherten Mängelrechte der Nacherfüllung und Minderung bezogen auf den Versicherungsnehmer einzutreten hat, bleibt letztendlich der zukünftigen Schadensregulierungspraxis des Versicherers vorbehalten, wobei sicherlich ergänzend die Grundsätze aus Ziff. 3.3 VB BGV (2005) heranziehbar sind; eine Klarstellung wäre aber wünschenswert.

e) Keine Deckung bei – später als 12 Monate erfolgter - Abnahme nach Ziff. 1.2.3 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 1.2.3 VB BGV (2008) entfällt der Versicherungsschutz für Bauvorhaben und Wohneinheiten, bei denen die Abnahme im Sinne der Ziff. 1.2.2 später als 12 Monate nach Fertigstellung erfolgt. Voit bewertet diesen Umstand, dass gerade bei Bauträgerverträgen Wohnungen, die 12 Monate nach dem Fertigstellungstermin weder abgenommen noch bezogen sind, aus dem Versicherungsschutz ausgenommen werden sollen, als nicht unproblematisch, da dadurch „die Baugewährleistungsversicherung beim Bauträger zwar einen gewissen Schutz, aber keineswegs eine vollständige Absicherung des Risikos gewähre“⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch, Privates Baurecht, S. 1996.

⁴⁷⁹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 246.

f) Keine Deckung bei pflichtwidriger Erledigung eines Mängelanspruchs nach Ziff. 3.1.4 VB BGV (2008)

Der Versicherer kann den Ersatz eines entstehenden Mehraufwands an Entschädigungsleistung, Zinsen und Kosten dann verweigern, wenn eine vom Versicherer verlangte Erledigung eines Mängelanspruchs durch Anerkenntnis, Befriedigung oder Vergleich am Verhalten des Versicherungsnehmers scheitert, was sich natürlich – wie bereits beschrieben – im Insolvenzfall des Auftragnehmers negativ zulasten des Auftraggebers auswirken kann.

g) Keine Deckung unterhalb des Selbstbehalts des Versicherungsnehmers nach 3.3 VB BGV (2008)

Keine Deckung erfolgt nach Ziff. 3.3 VB BGV (2008) in Höhe des sicherlich nicht unerheblichen Selbstbehalts des Versicherungsnehmers (s.o.).

h) Deckungseinschränkung bei (lediglich auf Selbstkosten begrenzter) Entschädigung von Mängelbeseitigungskosten Dritter nach Ziff. 6.1 VB BGV (2008)

Wie bereits ausgeführt, sind die Kosten notwendiger Mängelbeseitigungsarbeiten durch Dritte im Sinne von Ziff. 6.1 VB BGV (2008) nach Ziff. 6.1.1 S. 1 bzw. 6.1.2 VB BGV (2008) auch in diesem Fall ausschließlich auf die Selbstkostenbasis beschränkt, d.h. der Versicherungsnehmer muss selbst für die Kosten von Wagnis und Gewinn sowie Allgemeine Geschäftskosten seitens der Dritten aufkommen.

i) Deckungseinschränkungen bei (begrenzten) Schadenssuchkosten nach Ziff. 6.2 VB BGV (2008) und optischen Mängeln nach Ziff. 6.3 VB BGV (2008)

Schließlich bestehen nach Ziff. 6.2. und 6.3 VB BGV (2008) Deckungseinschränkungen bei Schadenssuchkosten und optischen Mängeln grundsätzlich begrenzt auf 30.000,00 Euro, sofern im Versicherungsschein keine anderweitige Vereinbarung getroffen worden ist. Im Hinblick auf „optische Mängel“ erscheinen aus Sicht von Meier Abgrenzungsprobleme wahrscheinlich, wenn im konkreten, d.h. über den gedeckelten Schadensbetrag hinausgehenden Fall der Versicherungsnehmer versuchen könnte, durch Geltendmachung als (an-

geblich) nicht-optische Mängel möglicherweise die volle Entschädigungssumme zu erhalten⁴⁸⁰.

C. Rechtsstellung und Direktanspruch des Auftraggebers im Insolvenzfall des Versicherungsnehmers aus Vertrag zugunsten Dritten

Nach Ziff. 10.2 VB BGV (2008) „erwirbt im Falle der Insolvenz des Versicherungsnehmers (Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder dessen Ablehnung mangels Masse) der Auftraggeber (Bauherr) oder Erwerber das Recht, die Mängelansprüche (Ersatz von Mängelbeseitigungskosten oder Erstattung des Minderungsbetrages) unmittelbar gegenüber dem Versicherer geltend zu machen und die Versicherungsleistung an sich zu fordern (Direktanspruch)“. Demnach sind aus insolvenz- und versicherungsrechtlicher Sicht folgende Konstellationen des (Nicht-)Eintritts des Versicherungsfalls möglich:

I. Mögliche Konstellationen des (Nicht-)Eintritts des Versicherungsfalls im Insolvenzfall des Versicherungsnehmers nach Ziff. 10.2 VB BGV (2008)

Wie bereits ausgeführt und im Gegensatz zur Baufertigstellungsversicherung, ist in Ziff. 10.2 VB BGV (2008) der Fall der „Insolvenz“ eigenständig wie folgt geregelt: Demnach liegt „Insolvenz“ noch nicht während des Insolvenzeröffnungsverfahrens vor, sondern frühestens im Zeitpunkt der Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse oder aber ab dem Zeitpunkt der ggf. erfolgenden Eröffnung des Insolvenzverfahrens:

1. Kein Versicherungsfall während des Insolvenzeröffnungsverfahrens

Während des Insolvenzeröffnungsverfahrens besteht mangels „Insolvenz“ i.S.v. Ziff. 10.2 VB BGV (2008) keine Deckung für die deckungsrechtlichen Mängelansprüche des Auftraggebers. Er muss sich sozusagen gedulden, ob der vorläufige Insolvenzverwalter eventuell doch diese Mängelansprüche befriedigt. Tut er dies nicht, ist versicherungsrechtlich der Zeitpunkt der Entscheidung über die (Nicht-)Eröffnung des Insolvenzverfahrens abzuwarten, wobei aber in diesen (regelmäßig drei) Monaten aus bautechnischer Sicht wertvolle Zeit für den Auftraggeber verloren geht, insbesondere wenn das Bauvorhaben ruht.

⁴⁸⁰ Meier, Bauversicherungsrecht, S. 206 Fn. 667; Messerschmidt, S. 435.

2. Versicherungsfall ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. Ablehnung mangels Masse und dessen deckungsrechtliches Verhältnis zu bestehenden Mängelansprüchen

Wird schließlich die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt, tritt nach der Alt. 2 der Ziff. 10.2 Satz 1 VB BGV (2008) der Versicherungsfall ein, ebenso nach der Alt. 1 der Ziff. 10.2 Satz 1 VB BGV (2008) ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist dann die versicherungsrechtliche Deckung in Bezug auf bestehende Mängelansprüche des Auftraggebers differenziert nach dem Zeitpunkt des Auftretens des zur Mängelhaftung führenden Mangels zu betrachten:

a) Deckung für - aus der Zeit vor dem eröffneten Insolvenzverfahren verursachte - Mängel bei Nicht-Vertragsfortführung

Lehnt der Insolvenzverwalter die Vertragsfortführung des Bauvertrages ab, so sind zwar Mängelansprüche wegen aus der Zeit vor dem eröffneten Insolvenzverfahren verursachter Mängel lediglich Insolvenzforderungen (s.o.). Gleichzeitig erwirbt aber der Auftraggeber nach Ziff. 10.2 Satz 1 VB BGV (2008) einen „werthaltigen“ Direktanspruch gegen den Versicherer (allerdings mit der Einschränkung nach Ziff. 10.4 VB BGV (2008) wegen dessen Selbstbeteiligung von 500,00 Euro).

b) Deckung für - aus der Zeit vor dem eröffneten Insolvenzverfahren verursachte - Mängel bei Vertragsfortführung

Wählt hingegen der Insolvenzverwalter die Vertragsfortführung und bestehen Mängelansprüche des Auftraggebers wegen aus der Zeit vor dem eröffneten Insolvenzverfahren verursachter Mängel, so erwirbt nach dem Wortlaut der Ziff. 10.2 S. 1 VB BGV (2008) „im Falle der Insolvenz des Versicherungsnehmers (Eröffnung des Insolvenzverfahrens (...)) der Auftraggeber (Bauherr) oder Erwerber das Recht, die Mängelansprüche (Ersatz von Mängelbeseitigungskosten oder Erstattung des Minderungsbetrages) unmittelbar gegenüber dem Versicherer geltend zu machen und die Versicherungsleistung an sich zu fordern (Direktanspruch)“. Nach der streng am Wortlaut orientierten Auslegung dieser Versicherungsbedingung wird nicht feinsinnig danach differenziert, ob es sich lediglich um Insolvenzforderungen oder aber Masseverbindlichkeiten handelt, sondern es wird – letztendlich auch verbraucherfreundlich – v.a. dem privaten Auftraggeber das Recht zur Direktregulierung mit dem Versicherer eingeräumt. Bei rechtsdogmatischer Fortführung der vom

BGH⁴⁸¹ angedeuteten Überlegung, dass es sich hierbei insolvenzrechtlich ggf. um Masseverbindlichkeiten handelt, kann der Auftraggeber – neben einer versicherungsrechtlichen Geltendmachung seines Direktanspruchs – seine Mängelansprüche auch als Masseverbindlichkeiten, insbesondere im Hinblick auf den nicht versicherten „Mindestbetrag“ von 500,00 Euro (vgl. Ziff. 10.4 VB BGV (2008)) anmelden. Gleichzeitig steht aber dem Auftraggeber mit der Baugewährleistungsversicherung ein ihm mit einem Zertifikat nach Ziff. 10.1 VB BGV (2008) verbrieftes Recht zu, werthaltig seine Mängelansprüche beim Versicherer realisieren zu können, ohne sich ggf. auf langwierige gerichtliche Auseinandersetzungen wegen der nicht endgültig entschiedenen Frage der Behandlung als Masseverbindlichkeit oder (lediglich) Insolvenzforderung einlassen zu müssen (wobei sich dann diese Frage nur noch wegen der unterhalb von 500,00 Euro nicht eintretende Entschädigungspflicht des Versicherers stellen kann).

c) Deckung für - aus der Zeit ab dem eröffneten Insolvenzverfahren verursachte - Mängel bei Vertragsfortführung

Nicht eindeutig hingegen regelt Ziff. 10.2 VB BGV (2008) - im Gegensatz zu Ziff. 2.2 VB BFV (2008) – den Fall, dass der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Bauvertrages wählt und erst in dieser Phase, also ab dem eröffneten Insolvenzverfahren, Mängel mit daraus resultierenden Mängelansprüchen des Auftraggebers verursacht werden: Die Baufertigstellungsversicherung hat in Ziff. 2.2 VB BFV (2008) diesen Fall insoweit berücksichtigt, als dass gerade kein Versicherungsfall mangels „Insolvenz“ i.S.d. VB BFV (2008) vorliegt, wenn im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Bauvertrages nicht ablehnt (und der Auftraggeber seinerseits nicht kündigt). In diesem Fall geht die Baufertigstellungsversicherung aus wirtschaftlichen Überlegungen zu recht davon aus, dass prinzipiell der Auftraggeber das, was ihm gewährleistungsrechtlich geschuldet wird, als Masseverbindlichkeit beim Insolvenzverwalter einfordern kann und somit keine weitere Deckung durch die Baufertigstellungsversicherung notwendig ist. Ziff. 10.2 VB BGV (2008) hingegen differenziert nicht: Demnach kann sich der Auftraggeber mit einer wortlautorientierten Auslegung im o.g. Fall darauf berufen, dass der dort genannte Fall der „Insolvenz“ des Versicherungsnehmers, nämlich „die Eröffnung des Insolvenzverfahrens“ eingetreten ist und nunmehr der Auftraggeber entsprechende Mängelansprü-

⁴⁸¹ BGH NJW 2006, 2919 (2921).

che als Direktanspruch gegen den Versicherer geltend machen kann, unabhängig von der – nicht differenziert geregelten – Frage, wann der Mangel eingetreten ist. Damit kommt es zu der Situation, dass der Auftraggeber seinen Mängelanspruch eigentlich sowohl als Masseverbindlichkeit als auch als Direktanspruch realisieren könnte. Ob dies vom Versicherer tatsächlich so beabsichtigt ist oder ob er möglicherweise durch Klarstellung bzw. einschränkende Auslegung diesen – aus hiesiger Sicht aus Gründen des Verbraucherschutzes zumindest beim privaten Auftraggeber zu bejahenden – weiten Deckungsumfang einschränken möchte (was im Vergleich zu den Regelungen der Baufertigstellungsversicherung durchaus wirtschaftlich sinnvoll wäre, da sich das Insolvenzrisiko letztendlich nicht zulasten des Auftraggebers verwirklicht hat), bleibt abzuwarten. Ebenso wäre aus Sicht des Versicherers daran zu denken, ob nicht der Auftraggeber zunächst auf die Geltendmachung als Masseverbindlichkeiten vorrangig verweisbar wäre, beispielsweise im Rahmen einer – wie auch immer gearteten – „Schadensminderungspflicht“ bzw. im Rahmen einer „Anrechnung“ (wie sie u.a. im Ausschlussatbestand der Ziff. 7.5.6 VB BGV (2008) de facto erfolgt), wobei auf der anderen Seite nach allgemeinen versicherungsrechtlichen Grundsätzen Ausschlussatbestände zulasten eines v.a. privaten Auftraggebers als Inhaber eines versicherungsrechtlichen Direktanspruches äußerst eng auszulegen sind, weshalb aus hiesiger Sicht im Ergebnis ein vom Versicherer nicht einschränkbarer Direktanspruch bejaht wird. Im Übrigen verbleibt dem Auftraggeber im Falle eines Mängelanspruches wegen eines Mangels unter 500,00 Euro (vgl. Ziff. 10.4 VB BGV (2008)) die Möglichkeit, diesen (Rest-) Anspruch als Masseverbindlichkeit im Falle der Vertragsfortführung durch den Insolvenzverwalter zu realisieren.

II. Der Direktanspruch des Auftraggebers

Ziff. 10 VB BGV (2008) regelt die Rechtsstellung des Auftraggebers im Insolvenzfall des Auftragnehmers wie folgt:

1. (Zertifizierter) Vertrag zugunsten Dritter unter Verzicht auf § 334 BGB

Demnach handelt es sich – wie bereits bei der Baufertigstellungsversicherung dargestellt – auch bei diesem Direktanspruch um einen echten Vertrag zugunsten Dritter, da der Auftraggeber als Dritter einen eigenständigen Direktanspruch gegen den Versicherer als Versprechender im Vollzugsverhältnis im Falle der Insolvenz des Auftragnehmers als Versprechensempfänger erhält. Nach Ziff. 10.1 VB BGV (2008) wird „das Bestehen des

Versicherungsvertrages gegenüber dem Auftraggeber (Bauherrn) oder Erwerber in einem Zertifikat dokumentiert. Die Rechte und Pflichten des Auftraggebers (Bauherrn) oder Erwerbs ergeben sich aus diesem Zertifikat“. Gleichzeitig wird der generell abdingbare⁴⁸² § 334 BGB in zulässiger Art und Weise ausgeschlossen, nach Ziff. 10.1 S. 2 VB BGV (2008) „verzichtet der Versicherer ausdrücklich gegenüber dem Auftraggeber (Bauherrn) oder Erwerber insofern auf Einwendungen, die ihm gegenüber dem Versicherungsnehmer aus dem zugrunde liegenden Versicherungsvertrag zustehen (vgl. § 334 BGB)“. Zivilrechtlich soll der Begriff der „Einwendungen“ i.S.v. § 334 BGB „im weitesten Sinne“ zu verstehen sein⁴⁸³, insbesondere gehören dazu die Zurückbehaltungsrechte aus § 273 BGB bzw. die Einreden aus §§ 320, 321 BGB, die Aufrechnungsmöglichkeit, aber auch die Rechte aus § 254 BGB⁴⁸⁴. Fast man nun dieses Einwendungsspektrum sehr weit auf, so muss es folglich nach Ziff. 10.1. S. 2 VB BGV (2008) dem Versicherer verwehrt sein, sämtliche in Betracht kommenden „weiten“ Einwendungen dem Auftraggeber als Dritten entgegensetzen zu können.

2. Voraussetzungen und Umfang des Direktanspruchs: Prinzip der „Abbildung des Deckungsverhältnisses im Vollzugsverhältnis“

Ab Vorliegen der o.g. „Insolvenz“ i.S.v. Ziff. 10.2 VB BGV (2008) erwirbt der Auftraggeber ein zweigliedriges Geltendmachungs- und Direktanspruchsrecht:

a) Zweigliedriges Geltendmachungs- und Direktanspruchsrecht

Zum einen erwirbt er das Recht, seine Mängelansprüche (Ersatz von „Mängelbeseitigungskosten“ oder Erstattung des Minderungsbetrages) unmittelbar gegenüber dem Versicherer „geltend zu machen“. Allerdings ist dieses „Geltendmachungsrecht“ vom Wortlaut her letztendlich unglücklich geregelt: Stellt man lediglich auf den Wortlaut dieser Klausel ab, so scheint zunächst der sowohl auf Nachbesserung als auch ggf. Neuherstellung gerichtete Nacherfüllungsanspruch nur auf die erste Alternative in Form des „Ersatzes von Mängelbeseitigungskosten“ beschränkt zu sein. Aus der Zusammenschau hingegen v.a. mit Ziff. 1.3 VB BGV (2008) muss natürlich die Nacherfüllung insgesamt, damit auch die zweite

⁴⁸² Palandt/Grüneberg, § 334 Rdnr. 2.

⁴⁸³ Palandt/Grüneberg, § 334 Rdnr. 3.

⁴⁸⁴ Palandt/Grüneberg, § 334 Rdnr. 3.

Alternative der ggf. erforderlichen Neuherstellung hiervon umfasst sein. Zum anderen erwirbt nach Ziff. 10.2 S. 1 Alt. 2 VB BGV (2008) der Auftraggeber weiterhin das Recht, nach Vorliegen der oben genannten Voraussetzungen „die Versicherungsleistung an sich zu fordern (Direktanspruch)“. Klarstellend hatte noch die bisherige Fassung in Ziff. 10.1 S. 1 Alt. 2 VB BGV (2005) den Hinweis auf die „Versicherungsleistung (vgl. Ziff. 5)“, damit auf die ausschließlich in der bisherigen Ziff. 5 VB BGV (2005) genannten „Entschädigungsleistungen des Versicherers“ (nunmehr in Ziff. 6 VB BGV (2008)). Dies bedeutet Folgendes:

b) Prinzip der „Abbildung des Deckungsverhältnisses im Vollzugsverhältnis“

Der Direktanspruch steht dem Auftraggeber prinzipiell ausschließlich im Rahmen des Versicherungsvertrages zu, was bedeutet, dass grundsätzlich auch für den Direktanspruch des Auftraggebers die Versicherungsbedingungen und deren Umfang die Grundlage der Entschädigungsleistung bilden⁴⁸⁵. Dies wird in dieser Untersuchung nachfolgend als Prinzip der „Abbildung des Deckungsverhältnisses des Vertrags zugunsten Dritter im Vollzugsverhältnis zwischen Dritten/Auftraggeber und Versprechendem/Versicherer“ bezeichnet, da sozusagen das deckungsrechtliche Versicherungsverhältnis zwar nicht in Form einer Abtretung übergeht (§ 334 BGB macht dies im Gegensatz zu § 404 BBGB deutlich), aber das originäre, eigene Forderungsrecht des Auftraggebers gegen den Versicherer inhaltlich letztendlich das Deckungsverhältnis abbildet. Dieses Prinzip ist auch von der Intention her richtig, da der Auftraggeber im Insolvenzfall nicht mehr, aber auch nicht weniger erhalten soll, als der Versicherungsnehmer bei Nichteintritt der Insolvenz vom Versicherer im Deckungsverhältnis erhält. Gleichzeitig soll – jedenfalls aus zivilrechtlichen Grundsätzen des Vertrages zugunsten Dritter – keine Besserstellung des Auftraggebers nur deshalb erfolgen, weil der Insolvenzfall eingetreten ist. Nach hiesiger Ansicht hat sich sein Vollzugsverhältnisanspruch, d.h. der konkrete Umfang seines Direktanspruchs zunächst grundsätzlich am alleinigen Umfang des Deckungsverhältnisses zu orientieren, wobei in begründeten Ausnahmefälle dieses Prinzip durchbrochen werden muss (z.B. beim Selbstbehalt des Versicherungsnehmers, s.u.).

⁴⁸⁵ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1999.

III. Einschränkungen des Direktanspruchs

1. Kein Direktanspruch bei Mängeln bis 500,00 Euro nach Ziff. 10.4 VB BGV (2008) und dessen Verhältnis zum Selbstbehalt des Versicherungsnehmers

Nach Ziff. 10.4 VB BGV (2008) „besteht ein Anspruch des Auftraggebers erst dann, wenn die Mängelbeseitigungskosten oder der Minderungsbetrag den Betrag von 500,00 Euro je geltend gemachten Mangel übersteigen oder übersteigt. Innerhalb dieses Betrages besteht kein Anspruch auf eine Entschädigungsleistung“. Dies bedeutet, dass das eigene Forderungsrecht des Auftraggebers in Form des Direktanspruchs erst ab einem Mängelbeseitigungs- bzw. Minderungsbetrag von 500 EUR besteht, was von der Intention des Versicherers durchaus nachvollziehbar ist, dass sozusagen Bagatellschäden vom Versicherungsschutz ausgenommen sein sollen. Unklarheiten sollen nach der Ansicht von Voit (jedenfalls) bei der bisherigen Fassung der Ziff. 10.4 VB BGV (2005) im Zusammenspiel mit dem - in der bisherigen Ziff. 5.5 VB BGV (2005) genannten - Selbstbehalt des Versicherungsnehmers bestehen⁴⁸⁶, denn es „wäre mit dem Wortlaut der Bestimmung auch der Selbstbehalt des Unternehmers abzuziehen, so dass für den Bauherrn eine Deckungslücke im Umfang von mindestens 10% der Mängelbeseitigungskosten bzw. mindestens 2.500,00 Euro entstünde, während in Ziff. 10.4 [VB BGV (2005)] für den Bauherrn ein Mindestbetrag von 500,00 Euro für die Beseitigung eines Mangels genannt sei. Da dieser Betrag niedriger als die Mindestselbstbeteiligung sei, ergäbe die Regelung nur dann einen Sinn, wenn den Bauherrn der Selbstbehalt des Unternehmers nicht träfe. In diesem Sinne will auch die VHV ihre Bedingungen verstanden wissen“⁴⁸⁷. Diese Ansicht, dass den Auftraggeber nicht den Selbstbehalt des Versicherungsnehmers treffen darf, findet nunmehr in der Neufassung der VB BGV (2008) wie folgt ihre Stütze (wobei eigentlich diese Frage durch eine klare Aussage des Versicherers, dass nämlich der Selbstbehalt keine Anrechnung im Insolvenzfall findet, ausdrücklich hätte geklärt werden können): Ziff. 10.4 S. 2 VB BGV (2008) verweist auf den Anspruch auf „Entschädigungsleistung“, welcher nunmehr in Ziff. 6 VB BGV (2008) geregelt ist. Entgegen der bisherigen Fassung ist aber der Selbstbehalt nunmehr nicht mehr unter den „Entschädigungsleistungen des Versicherers“ enthalten, sondern neu in Ziff. 3.3 VB BGV (2008). Gegen diese Auslegung könnte sicherlich mit dem

⁴⁸⁶ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 245.

⁴⁸⁷ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 245.

o.g. Prinzip der Abbildung des Deckungsverhältnisses im Vollzugsverhältnis argumentiert werden, dass bei einer lediglich reduzierten faktischen Mindestbeteiligung bzw. ggf. Selbstbeteiligung von 500,00 Euro der Auftraggeber im Insolvenzfall des Auftragnehmers besser gestellt werden würde, als es der Versicherungsnehmer selbst ohne Eintritt der Insolvenz wäre. Hätte dies der Versicherer so gewollt, hätte es aber nicht der damit als Spezialregelung vorgehenden Klarstellung in Ziff. 10.4 VB BGV (2008) bezogen auf den Direktanspruch bedurft. Insoweit ist letztendlich auch aus Verbrauchersichtspunkten davon auszugehen, dass v.a. den privaten Auftraggeber höchstensfalls eine Mindest-/Selbstbeteiligung von 500 EUR treffen darf bzw. soll.

2. Einschränkung des Direktanspruchs aus Ziff. 6 VB BGV (2008)

a) Prinzip der „Abbildung des Deckungsverhältnisses im Vollzugsverhältnis“

Nach dem o.g. Prinzip der Abbildung des Deckungsverhältnisses im Vollzugsverhältnis bilden auch für den Direktanspruch des Auftraggebers die Versicherungsbedingungen als solche die Grundlage. Nach (allerdings unbegründeter) Ansicht von Fischer sollen generell und in vollem Umfang u.a. die Selbstbeteiligung und die Ausschlüsse auch für den Auftraggeber gelten⁴⁸⁸. Allerdings sind trotz dieses Prinzip Differenzierungen und Ausnahmen zuzulassen, beispielsweise kann – entgegen der insoweit zu widersprechenden Ansicht von Fischer – die Selbstbeteiligung des Versicherungsnehmers gerade nicht im Vollzugsverhältnis vollumfänglich abgebildet werden (s.o.).

b) Entschädigungsleistung nur auf Selbstkostenbasis nach Ziff. 6.1 – 6.1.2 VB BGV (2008)?

Die Durchbrechung des Prinzips der Abbildung des Deckungsverhältnisses im Vollzugsverhältnis wird in der Literatur v.a. im Hinblick auf die Entschädigungsleistung (möglicherweise) lediglich auf Selbstkostenbasis nach Ziff. 6.1 – 6.1.2 VB BGV (2008) im Falle der Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten durch Dritte und der hieraus resultierenden und geltend gemachten Gesamtkosten Dritter diskutiert: Nach dem – aus hiesiger Sicht – eindeutig zu verstehenden Wortlaut in Ziff. 10.2 S. 1 Alt. 2 VB BGV (2008) mit dem dortigen Verweis auf „die Versicherungsleistung“ bzw. auch in Ziff. 10.4 S. 2 VB

⁴⁸⁸ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1999.

BGV (2008) mit dem dortigen Verweis auf „die Entschädigungsleistung“ besteht der Direktanspruch im Vollzugsverhältnis vom Umfang her ausschließlich auf der Grundlage der Entschädigungsleistung des Versicherers nach Ziff. 6 VB BGV (2008). Wendet man demnach streng v.a. die Regelungen in Ziff. 6.1 – 6.1.2 VB BGV (2008) an, so hat der Versicherungsnehmer bei Nichteintritt der Insolvenz bzw. im Insolvenzfall dann der Auftraggeber einen Entschädigungsanspruch ausschließlich in Höhe der Selbstkosten, also ohne eine darüber hinausgehende Zahlung des Versicherers für die Zuschläge für Wagnis und Gewinn sowie Allgemeine Geschäftskosten eines (regelmäßig im Insolvenzfall die Mängelbeseitigungsarbeiten anstelle des Versicherungsnehmers durchführenden) Dritten. Diese streng am Wortlaut orientierte (auch hier vertretene) Auffassung wirkt sich wirtschaftlich natürlich äußerst nachteilig für den Auftraggeber im Insolvenzausfall aus, da er demnach die Differenz zwischen Selbstkosten des Dritten und der Schlussrechnung selbst zu tragen hat. Insoweit meint Fischer, allerdings ohne nähere Begründung, dass „lediglich die Bestimmungen zur Entschädigung hier nicht im vollen Umfang gelten: Während grundsätzlich eine Entschädigung auf Selbstkostenbasis erstattet wird, gilt dies für den Direktanspruch nicht“⁴⁸⁹. Voit stellt, jedenfalls im Hinblick auf die bisherigen VB BGV (2005) fest, dass in den Versicherungsbedingungen „nicht eindeutig die Frage beantwortet sei, ob sich die Entschädigung im Insolvenzfall nach den Selbstkosten des Unternehmers richtet. Eine solche Beschränkung der Ersatzleistung sei im Stadium vor der Insolvenzeröffnung sachgerecht, damit der Unternehmer nicht durch die Nachbesserung eigener Mängel noch einen Gewinnanteil realisieren könne. Im Insolvenzfall führe sie dagegen zu einer Einschränkung der Sicherung des Bauherrn. Auch hier sei die Handhabung durch den Versicherer „großzügiger“, obwohl die Bedingungen dies nicht ohne Weiteres festschreiben. Die VHV prüfe derzeit eine Überarbeitung ihrer Bedingungen“⁴⁹⁰. Hiergegen ist anzumerken, dass zwar generell die von Voit angesprochene Überarbeitung in Form der VB BGV (2008) stattgefunden hat, dort aber gerade keine Klarstellung erfolgt ist, dass – abweichend von der auf die Selbstkostenbasis beschränkten vorinsolvenzlichen Entschädigungsleistung – der Auftraggeber im Insolvenzfall tatsächlich mehr erhalten solle, als es der Versicherungsnehmer im nicht eingetretenen Insolvenzfall erhielte. Insoweit muss im Wege einer „vorsichtigen“ Beratung des Auftraggebers jedenfalls derzeit davon ausgegangen werden, dass dieser kei-

⁴⁸⁹ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1999.

⁴⁹⁰ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 245.

nen ausdrücklich im Zertifikat manifestierten Anspruch auf Entschädigungsleistung in vollem Umfang, d.h. über die Selbstkostenbasis hinaus, gegen den Versicherer hat. Schließlich wäre er dadurch besser als der Versicherungsnehmer selbst und als das letztendlich versicherte Risiko der Selbstkosten gestellt. Sofern – wie Voit zu wissen meint – „die Handhabung durch den Versicherer großzügiger sei“⁴⁹¹, so stellt dies lediglich ein Ermessen bzw. – überspitzt formuliert – „Gutdünken“ des Versicherers dar, während sich der Auftraggeber aber auf eine solche Handhabung mangels rechtlicher Manifestierung nicht zwingend verlassen kann, zumal wenn erhebliche Mängelbeseitigungskosten Dritter im Insolvenzfall, gerade durch einen Spezialanbieter im Raum stehen. Streng genommen kann sich dann nach dem Wortlaut der Versicherer auf eine Entschädigungsleistung ausschließlich auf Selbstkostenbasis berufen.

3. Einschränkung des Direktanspruchs auch durch – Einwendungen i.S.v. § 334 BGB ähnlichen – Ausschlusstatbestände?

Weiterhin ist darüber nachzudenken, ob tatsächlich sämtliche Ausschlusstatbestände auch den Direktanspruch einschränken dürfen:

a) Ausschlüsse unabhängig vom (Fehl-)Verhalten des Auftragnehmers

Sofern Deckungsausschlüsse, insbesondere in Form der nichtversicherten Tatbestände nach Ziff. 7 VB BGV (2008) vorliegen, welche unabhängig von einem (Fehl-)Verhalten des Auftragnehmers bestehen (beispielsweise die klassischen Ausschlusstatbestände wegen der in Ziff. 7.5 genannten Sachmängel), so ist es nach dem Prinzip der Abbildung des Deckungsverhältnisses im Vollzugsverhältnis geboten, dass diese Deckungsausschlüsse auch für den Direktanspruch des Auftraggebers im Insolvenzfall gelten müssen⁴⁹².

b) Ausschlüsse aufgrund eines (Fehl-)Verhaltens des Auftragnehmers: auch Verzicht auf § 334 BGB?

Allerdings ist gerade aus Sicht des Auftraggebers darüber nachzudenken, ob sein Direktanspruch auch dann eingeschränkt bzw. ausgeschlossen sein soll bzw. werden muss, wenn hierfür ein von ihm nicht beeinflussbares Fehlverhalten des Auftragnehmers ursächlich ist:

⁴⁹¹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 245.

⁴⁹² Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 1999.

Beispielsweise kommt nach Ziff. 3.1.4 VB BGV (2008) der Versicherer für einen - aufgrund einer unberechtigten Weigerung des Auftragnehmers - entstehenden Mehraufwand an Entschädigungsleistung, Zinsen und Kosten dann nicht auf, wenn die vom Versicherer verlangte Erledigung eines Mängelanspruchs durch Anerkenntnis, Befriedigung oder Vergleich am Fehlverhalten des Versicherungsnehmers scheiterte. Ähnliches gilt nach Ziff. 7.4 VB BGV (2008), wenn der Versicherungsnehmer Mängel nicht oder nicht ordnungsgemäß beseitigt hat, dann tritt ein Deckungsausschluss ein. Noch weitergehend ist Ziff. 7.2 VB BGV (2008), wonach jedes „bewusst (...) pflichtwidriges Verhalten des Versicherten“ grundsätzlich zu einem Deckungsausschluss führen soll. In diesem Zusammenhang stellt sich dann generell die Frage, ob nicht der Verzicht des Versicherers in Ziff. 10.1 S. 3 VB BGV (2008) auf § 334 BGB auch einen (jedenfalls konkludenten) Verzicht auf das – als Einwendung im Sinne von § 334 BGB anerkannte (s.o.) - Mitverschulden nach § 254 BGB und in der Folge auf ähnliche bzw. vergleichbare (Fehl-)Verhaltensweisen des Versicherungsnehmers umfassen kann und auch soll? Aus Wertungsgesichtspunkten wäre diese sicherlich zu bejahen, da es aus Sicht des Auftraggebers nicht einzusehen ist, dass im Ergebnis ein hauptsächliches Verschulden bzw. Fehlverhalten des Versicherungsnehmers über die Deckungsausschlüsse dem Auftraggeber bzw. seinem Direktanspruch entgegengehalten wird; wirtschaftlich noch dramatischer kann dies sein, wenn der Versicherungsnehmer als Generalunternehmer einen im Sinne von Ziff. 1.2. S. 3 VB BGV (2008) fehlerhaften Subunternehmervertrag abgeschlossen hat, sich also der Versicherer auf die Einwendung beruft, der Subunternehmervertrag beinhalte nicht die geforderten „entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen“ zur Haftung und Verjährung, wie sie im Hauptunternehmervertrag enthalten sind. Dann wird in Form des Deckungsausschlusses wiederum der Auftraggeber sozusagen für ein Fehlverhalten des Versicherungsnehmers „bestraft“, ohne dass dieses Fehlverhalten aus der Sphäre des Auftraggebers resultiert. Gegen eine solche weite Auslegung des Einwendungsausschlusses spricht aber im Wesentlichen, dass in diesem Fall der Auftraggeber im Insolvenzfall des Auftragnehmers besser gestellt wäre, als es der Versicherungsnehmer ohne Insolvenz wäre. Die Versichertengemeinschaft müsste im Insolvenzfall demnach für Entschädigungsansprüche aufkommen, die der Versicherungsnehmer im Wesentlichen selbst verursacht bzw. verschuldet hat, ohne dass hierfür letztendlich entsprechende Risikoprämien kalkuliert worden sind. Außerdem ist rechtsdogmatisch nicht unproblematisch, ob der auf „Einwendungen“ bezogene § 334 BGB überhaupt auf (negative) Tatbestandsvoraussetzungen des versicherungsrechtlichen Leistungsanspruchs

anwendbar ist. Aus der Gesamtschau heraus (auch wenn es aus Verbraucherschutzgesichtspunkten anderweitig wünschenswert wäre) muss es zwingend bei dem Prinzip der Abbildung des Deckungsverhältnisses im Vollzugsverhältnis insofern bleiben, als e.g. versicherungsrechtliche Deckungseinschränkungen auch im Vollzugsverhältnis vollumfänglich greifen (was natürlich nicht für „klassische“ zivilrechtliche Einwendungen im Sinne von § 334 BGB gilt).

D. Deckungsrechtliche Besonderheiten der Baugewährleistungsversicherung

Schließlich ist noch auf folgende deckungsrechtliche Besonderheiten der Baugewährleistungsversicherung hinzuweisen:

I. Gutachterliche Baubegleitung des Bauvorhabens nach Ziff. 8 VB BGV (2008)

Aufgrund des identischen Inhalts gilt bezüglich der gutachtlichen Baubegleitung im Rahmen der Baugewährleistungsversicherung das oben Gesagte zu Ziff. 8 VB BGV (2008).

II. Einmaliger Versicherungsbeitrag nach Ziff. 9 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 9.1 VB BGV (2008) handelt es sich um eine einmalige Versicherungsprämie, welche sich aus der Nettobausumme der werkvertraglich geschuldeten Bauleistung („Nettobausumme aller Einzelgewerke“) berechnet, die der Versicherungsnehmer dem Versicherer bei Antragstellung mitteilt. Dabei ist die Prämie vom Einzelfall abhängig, grober Anhaltspunkt ist bei der Baugewährleistungsversicherung nach Angaben des Spezialversicherers „ca. 1,2 % aus der eben genannten Nettobausumme“⁴⁹³. In entsprechender Umsetzung der Neuregelungen der VVG-Reform beginnt im Ergebnis der Versicherungsschutz nach Ziff. 9.2 – 9.4 VB BGV (2008) dann, wenn der einmalige Beitrag bezahlt ist (s.u. zu den besonderen Rücktrittsregeln in Ziff. 9.5 und 9.7). Einen Sonderfall einer – in Ausnahme zu dem (neuen) VVG-Prinzip der „Teilbarkeit der Prämie“ – Beitragsrückerstattung enthält Ziff. 9.8 VB BGV (2008): „Entfällt der Versicherungsschutz hinsichtlich eines Bauvorhabens/einer Wohneinheit gem. Ziff. 1.2.3, erfolgt eine Rückerstattung des darauf entfallenden Versicherungsbeitrags abzüglich einer Pauschale für Verwaltungskosten des Versicherers in Höhe von 30%, maximal jedoch in Höhe von 1.500,00 Euro. Die Kosten für bereits

⁴⁹³ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 235 Fn. 2.

erbrachte Leistungen zu diesem Bauvorhaben/dieser Wohneinheit, insbesondere Sachverständigenkosten, werden nicht erstattet“. Diese Ziff. enthält folgende (auch für spätere Betrachtungen) interessante Aspekte: Zum einen soll der Versicherungsnehmer grundsätzlich den „darauf entfallenden Versicherungsbeitrag“ vom Versicherer zurückerhalten, wenn nach Ziff. 1.2.3 VB BGV (2008) keine Abnahme innerhalb von 12 Monaten nach Fertigstellung erfolgt ist. Insoweit handelt es sich nicht um eine typische „Beendigung des Versicherungsverhältnisses“ im Sinne von § 39 Abs. 1 S. 1 VVG n.F., sondern um eine Spezialvorschrift einer - insoweit weitergehenden als eigentlich geschuldeten - Rückerstattung durch den Versicherer. Insofern erscheint es auch nicht unangemessen, dass gleichzeitig (durch Abzug) der Versicherer eine gewisse Pauschale für seine Verwaltungskosten erhält; ob die Höhe der Pauschale „von 30% des darauf entfallenden Versicherungsbeitrags, maximal jedoch in Höhe von 1.500,00 Euro“ einer AGB-rechtlichen Prüfung standhält, kann für diesen speziellen Fall tendenziell bejaht werden, da - im Gegensatz zu den o.g. pauschalierten Erstattungsansprüchen des Versicherers aufgrund eines u.U. sehr kurzen Versicherungszeitraums - der Versicherungsnehmer (sozusagen als wirtschaftliche Gegenleistung für die Pauschale) dem Grunde nach einen Versicherungsschutz für einen relativen langen Zeitraum erhalten hatte. Zum anderen wird in Ziff. 9.8 S. 2 VB BGV (2008) - zum einzigen (!) Mal in den gesamten Versicherungsbedingungen VB BGV (2008) - erwähnt, dass im Fall der Rückerstattung nach Ziff. 9.8 S. 1 VB BGV (2008) die Kosten für bereits erbrachte Leistungen zu diesem Bauvorhaben bzw. dieser Wohneinheit, namentlich „Sachverständigenkosten“ nicht erstattet werden. Dies bedeutet, dass der Versicherungsnehmer, welcher die Sachverständigenkosten zu tragen hatte, hierfür keine Erstattung erhält, obwohl hierüber zivilrechtlich im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses (jedenfalls beim Rücktritt, s.o.) nachzudenken wäre bzw. ist. Denn in den sonstigen Rücktrittsbedingungen der VB BGV (2008) wird eine Erstattung entstandener Sachverständigenkosten gerade nicht explizit ausgeschlossen, so dass sich aus Sicht des – die Sachverständigenkosten grundsätzlich tragenden – Versicherungsnehmers die (letztendlich je nach Standpunkt unterschiedlich zu beantwortende) Frage stellt, wie letztendlich diese Regelungslücke zu schließen ist, sei es zugunsten des Versicherers in analoger Anwendung von Ziff. 9.8 S. 2 VB BGV (2008), sei es zugunsten des Versicherungsnehmers in Verneinung einer planwidrigen Regelungslücke.

III. Pflichten und Obliegenheiten sowohl des Versicherungsnehmers als auch des Auftraggebers

Im Wesentlichen gilt für die beidseitigen Pflichten und Obliegenheiten in der Baugewährleistungsversicherung das oben zur Baufertigstellungsversicherung Gesagte:

1. Pflichten und Obliegenheiten des Versicherungsnehmers sowie Rechtsfolgen ihrer Verletzung

Die Pflichten und Obliegenheiten des Versicherungsnehmers sowie die Rechtsfolgen ihrer Verletzung sind umfangreich in Ziff. 11-13 VB BGV (2008) schwerpunktmäßig wie folgt geregelt:

a) Vorvertragliche Anzeigepflichten nach Ziff. 11.1 VB BGV (2008)

In Ziff. 11.1 VB BGV (2008) sind die vorvertraglichen Anzeigepflichten des Versicherungsnehmers geregelt. Im Wesentlichen ist entsprechend der geänderten Gesetzeslage neu, dass der Versicherungsnehmer vor Vertragsschluss grundsätzlich nur solche Umstände anzuzeigen hat, nach denen der Versicherer in Textform gefragt hat.

b) Pflichten und Obliegenheiten vor Eintritt des Versicherungsfalls nach Ziff. 11.2 VB BGV (2008)

Es gilt inhaltlich das zur Baufertigstellungsversicherung Gesagte.

c) Pflichten und Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalls nach Ziff. 11.3 VB BGV (2008)

Nach Eintritt des Versicherungsfalles, insbesondere in Form der Erhebung von Mängelansprüchen gegen den Versicherungsnehmer, trifft den Versicherungsnehmer die wesentliche Pflicht, nach Ziff. 11.3.1 VB BGV (2008) diesen und zwar auch „jeden Versicherungsfall dem Versicherer unverzüglich anzuzeigen“. Hier muss der Versicherungsnehmer regelrecht „auf der Hut sein“, denn in der Baupraxis ist es oft schwierig, gerade im Vorstadium einer Auseinandersetzung den Zeitpunkt festzuhalten bzw. zu bestimmen, wann der Auftraggeber letztendlich konkret (gerade bei mündlichen Anzeigen) Mängelansprüche gegen den Versicherungsnehmer i.S.d. VB BGV (2008) geltend macht. Ebenso wenig ist der Begriff der „Unverzüglichkeit“ der Anzeige geregelt, wie lange der Versicherungsnehmer sich Zeit lassen kann (beispielsweise wie in anderen Versicherungszweigen bis zu 7 Tagen), so dass

ihm zu empfehlen ist, jeden potentiellen Versicherungsfall „ohne schuldhaftes Zögern“ (i.S.v. § 121 Abs. 1 BGB) anzuzeigen. Des Weiteren treffen den Versicherungsnehmer die aus der Haftpflichtversicherung bekannten (Schadensminderungs-)Pflichten, u.a. die entsprechenden (fristwahrenden) gerichtlichen Schritte einzuleiten, für die Aufklärung des Sachverhalts zu sorgen, Rechtsanwälte zu beauftragen etc. (vgl. Ziff. 11.3.2 – 11.3.5 VB BGV (2008)).

d) Rechtsfolgen bei Verletzung von Pflichten und Obliegenheiten des Versicherungsnehmers nach Ziff. 12 und 13 VB BGV (2008)

i) Rechtsfolgen bei Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten nach Ziff. 12 VB BGV (2008)

Es gilt inhaltlich das zur Baufertigstellungsversicherung Gesagte.

(a) Rücktritt nach Ziff. 12.1 VB BGV (2008) und Wirksamkeit des Erstattungsanspruchs des Versicherers nach Ziff. 12.1.3 S. 4 VB BGV (2008)?

Im Fall des Rücktritts bestehen – wie bei der Baufertigstellungsversicherung - höchst massive AGB-rechtliche Bedenken nach der VVG-Reform an dem in Ziff. 12.1.3 S. 4 VB BGV (2008) aufgenommenen Erstattungsanspruch des Versicherers, wonach „dem Versicherer im Falle eines Rücktritts ein Anspruch auf Erstattung seiner aus diesem Versicherungsverhältnis entstandenen Verwaltungskosten in Höhe von 30% des Versicherungsbeitrages, maximal jedoch 1.500,00 Euro, zustehen“ soll, insbesondere wegen eines möglichen Verstoßes gegen § 39 Abs. 1 S. 2 VVG n.F. (s.o.). Ebenso kritisch ist in diesem Zusammenhang die nicht explizit geregelte Frage, ob im Gegenzug der Versicherungsnehmer für seine aufgewendeten (Sachverständigen-, etc.) Kosten einen Erstattungsanspruch nunmehr gegen den Versicherer hat, nachdem – entgegen der ausdrücklichen Regelung in Ziff. 9.8. S. 2 VB BGV (2008) (s.o.) – ein Erstattungs Ausschluss nicht explizit erwähnt wird (s.o.).

(b) Kündigungsrecht des Versicherers nach Ziff. 12.2.1 und 12.3 VB BGV (2008) und Rückwirkende Vertragsanpassung nach Ziff. 12.2.2 VB BGV (2008)

Es gilt inhaltlich das zur Baufertigstellungsversicherung Gesagte.

(c) Anfechtungsrecht des Versicherers nach Ziff. 12.4 S. 1 VB BGV (2008) und Wirksamkeit des Erstattungsanspruchs des Versicherers nach Ziff. 12.4 S. 2 VB BGV (2008)?

Nach Ziff. 12.4 S. 1 VB BGV (2008) steht dem Versicherer – wie auch nach altem Recht – das Recht zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zu. AGB-rechtlich ist auch hier der in Ziff. 12.4 S. 2 VB BGV (2008) neu aufgenommene Erstattungsanspruch der „aus diesem Versicherungsverhältnis entstandenen Verwaltungskosten in Höhe von 30% des Versicherungsbeitrages, maximal jedoch 1.500,00 Euro“, ebenfalls wieder äußerst bedenklich (s.o.).

ii) Rechtsfolgen bei Verletzung von Pflichten und Obliegenheiten vor und (auch) nach Eintritt des Versicherungsfalles nach Ziff. 13 VB BGV (2008)

Unter bereits erwähnter Aufgabe des „Alles-oder-Nichts-Prinzips“ unterscheiden sich die Rechtsfolgen bei Verletzung von Pflichten und Obliegenheiten vor und – in Erweiterung zur (dort nicht erwähnten) Baufertigstellungsversicherung – auch nach Eintritt des Versicherungsfalles nunmehr nach dem Grad des Verschuldens des Versicherungsnehmers, insbesondere ist auch durch die VVG-Reform neu, dass bei grob fahrlässiger Verletzung der Obliegenheit der Versicherungsschutz nicht mehr gänzlich entfällt, sondern eine Quote-lung nach dem Verschuldensanteil und deren Schwere (z.B. nach Ziff. 13.2 S. 2 VB BGV (2008)) vorzunehmen ist, wobei dieses quotale Leistungskürzungsrecht bei grober Fahrlässigkeit § 26 VVG n.F. entspricht.

2. Pflichten und Obliegenheiten des Auftraggebers sowie Rechtsfolgen ihrer Verletzung

Auch den Auftraggeber treffen Pflichten bzw. Obliegenheiten im Verhältnis zum Versicherer: Im Insolvenzfall des Auftragnehmers hat nach Ziff. 10.3 S. 1 VB BGV (2008) der Auftraggeber dem Versicherer das Vorliegen eines Mangels im Sinne der Ziff. 1.2 VB BGV (2008) „unverzüglich anzuzeigen“. Allerdings ist bezüglich dieser Anzeigepflicht unklar, ab welchem Zeitpunkt im Falle der „Insolvenz“ nunmehr der Auftraggeber verpflichtet sein soll, „unverzüglich“ anzuzeigen: Prinzipiell soll „Insolvenz“ im Sinne von Ziff. 10.2 VB BGV (2008) erst bei Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse (damit erst am Ende des Insolvenzeröffnungsverfahrens) bzw. ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorliegen. Erst ab diesen Zeitpunkten besteht ein Direktanspruch des Auf-

traggebers, insoweit ist vertretbar, auch erst dann die Mängel zwingend anzeigen zu müssen. Hat der Auftraggeber aber bereits vor diesen Zeitpunkten Mängelansprüche, sollte er diese Mängel sicherheitshalber auf jeden Fall sowohl gegenüber dem Auftragnehmer bzw. dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter als auch - ausdrücklich und vorsorglich auch schriftlich - gegenüber dem Versicherer anzeigen. Schließlich wird in Ziff. 10.3 S. 2 – 5 VB BGV (2008) ebenfalls unter Abschaffung des „Alles-oder-Nichts-Prinzips“ nach der Schwere der Verletzung einer ggf. nicht erfolgten Anzeige mit entsprechenden Rechtsfolgen bis hin zum Anspruchsverlust des Auftraggebers unterschieden.

IV. Weitere Kündigungs- und Rücktrittsrechte des Versicherers

Neben den „klassischen“ Kündigungs- und Rücktrittsrechten des Versicherers im Falle von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen finden sich weitere (größtenteils bereits bei der Baufertigstellungsversicherung erläuterte) Rechte des Versicherers wie folgt in den VB BGV (2008):

1. Fristlose Kündigung wegen unvollständiger Baubegleitung nach Ziff. 8.3 und 13 VB BGV (2008) sowie Rücktritt wegen nicht rechtzeitiger Beitragszahlung nach Ziff. 9.5 VB BGV (2008)

Es gilt inhaltlich das zur Baufertigstellungsversicherung Gesagte.

2. Besonderes Rücktrittsrecht im Insolvenzfall wegen nicht rechtzeitiger Beitragszahlung nach Ziff. 9.7 VB BGV (2008)

Nach Ziff. 9.7 VB BGV (2008) ist der Versicherer im Insolvenzfall des Versicherungsnehmers zum Vertragsrücktritt berechtigt, wenn der fällige Beitrag zum Zeitpunkt der Antragsstellung noch nicht gezahlt war und vor einer Abnahme „ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Versicherungsnehmers“ gestellt ist. Dies bedeutet, dass in Abweichung zum insolvenzrechtlichen Begriff aus Ziff. 10.2 VB BGV (2008) das Rücktrittsrecht bereits bei „Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens“ dem Versicherer zustehen soll, nach S. 2 „kann der Rücktritt auch nicht dadurch abgewendet werden, dass der aus dem Versicherungsvertrag begünstigte Auftraggeber den Beitrag nachentrichtet“. Mit dieser Regelung wird ausnahmsweise (!) ein Einwendungsdurchgriff im Sinne von § 334 BGB zugelassen, da sich das eigentlich ausschließlich deckungsrechtliche Rücktrittsrecht im Ergebnis auch auf den im Vollzugsverhältnis bestehenden Direktan-

spruch, welcher mangels Beitrags nicht mehr entstehen kann, durchschlägt; im Hinblick auf eine Rechtssicherheit wären solche klaren Regelungen für andere o.g. „Einwendungen“ wünschenswert.

V. Übergang des Unternehmens des Versicherungsnehmers auf einen Dritten nach Ziff. 14 VB BGV (2008)

Bezüglich des Übergangs des Unternehmens auf einen Dritten nach Ziff. 14 VB BGV (2008) wird zunächst auf die obigen Ausführungen zur Baufertigstellungsversicherung verwiesen; bezüglich Ziff. 14.2 VB BGV (2008) ist auch hier anzumerken, dass - im Gegensatz zu allen sonstigen Kündigungsregelungen (v.a. in Ziff. 12.2.1 VB BGV (2008)) – bei einer Kündigung nach Unternehmensübergang der Versicherer einen Erstattungsanspruch „in Höhe von 30% des Versicherungsbeitrages, maximal jedoch 1.500,00 Euro“, haben soll. Zwar ist im Falle der Kündigung durch den Versicherer nach § 93 Abs. 3 VVG n.F. der Veräußerer zur Zahlung der Prämie verpflichtet, allerdings stellt sich auch hier auch wieder die Frage, ob diese pauschaliert auf „30% des Versicherungsbeitrages“ festgelegt werden darf, zumal entgegen des Grundsatzes der Teilbarkeit der Prämie durch die Pauschalierung u.U. mehr vom Veräußerer verlangt werden würde, als eigentlich gesetzlich geschuldet. Insoweit bestehen auch an dieser Regelung erhebliche AGB-rechtliche Bedenken (s.o.).

VI. Verjährung nach Ziff. 16 VB BGV (2008), Zuständiges Gericht nach Ziff. 17 VB BGV (2008) sowie Übergangsregelung für Altverträge nach Art. 1 Abs. 1 EGVVG und Bedingungsanpassung nach Art. 1 Abs. 3 EGVVG bzw. Ziff. 18 VB BGV (2008)

Wegen des identischen Regelungsinhalts der Ziff. 16 – 18 VB BGV (2008) wird auf die gleichermaßen geltenden Ausführungen zur Baufertigstellungsversicherung verwiesen.

6. Kapitel: Die Praktikabilität der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsver sicherung

1. Abschnitt: Untersuchung der Praktikabilität

Erklärtes Ziel der vorliegenden Arbeit ist die Untersuchung der Praktikabilität sowohl der Baufertigstellungs- als auch Baugewährleistungsver sicherung. Unter Praktikabilität wird – wie bereits angedeutet – die Zweckdienlichkeit dieser Versicherungsmodelle verstanden, also die Frage, ob sie in der Baupraxis tatsächlich den von ihnen beabsichtigten Zweck- und Zielrichtungen tauglich dienen können. Gemeinsamer Sinn und Zweck der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsver sicherung ist nach dem oben Gesagten in beiden Ver sicherungsarten schwerpunktmäßig die Insolvenzver sicherung des Auftraggebers, während bei der Baugewährleistungsver sicherung die Sicherung bestimmter Mängelhaftungsansprüche hinzukommt. Letztendlich sollen durch die Versicherungen Ansprüche des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer in verschiedenen Phasen des Bauvertrages bis hin zur Insolvenz abgesichert werden. Um diesen Zweck zu erreichen, sind im Rahmen der systeminternen Praktikabilität die Vorteile dieser Versicherungsformen, aber auch deren Nachteile herauszuarbeiten, um im Ergebnis den am Bau Beteiligten eine Empfehlung aussprechen zu können, ob sie in der Baupraxis diese neuartigen versicherungsrechtlichen Sicherungsinstrumente verwenden können und sollen. Dazu müssen die Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsver sicherung auch von den korrespondierenden Bürgschaftsmodellen, d.h. von der Vertragserfüllungsbürgschaft auf der einen Seite und der Gewährleistungsbürgschaft auf der anderen Seite im Rahmen der systemexternen Praktikabilität vergleichend abgegrenzt werden (wobei für den Praktiker die Vorteile des Bürgschaftssicherungssystems v.a. im Hinblick auf die bereits erwähnte Absicherung von Verzögerungsschäden bzw. insgesamt von Schadensersatzansprüchen des Auftraggebers nicht verkannt werden dürfen). Schließlich sollen für die Praxis Empfehlungen bzw. auch Modifikationsvorschläge als systemmodifizierende Praktikabilität herausgearbeitet werden, um als Ergebnis vorliegender Untersuchung den am Bau Beteiligten einen praktischen Leit faden für die Baufertigstel-

lungs- und Baugewährleistungsversicherung sowohl in ihrer gegenwärtigen als auch zukünftigen, ggf. optimierten Ausgestaltung an die Hand geben zu können.

2. Abschnitt: Systeminterne Praktikabilität der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung

Die systeminterne Praktikabilität wird nachfolgend durch Darstellung der Vor- und Nachteile der Versicherungen jeweils aus Sicht des Auftragnehmers und Auftraggebers dargestellt und bewertet werden:

A. Praktikabilität der Baufertigstellungsversicherung

Die Praktikabilität und damit Zweckdienlichkeit der Baufertigstellungsversicherung ist an ihrem Hauptzweck, nämlich die Insolvenzsicherung des Auftraggebers zu messen, weswegen nachfolgend die Vor- und Nachteile der Baufertigstellungsversicherung im Hinblick auf deren Zweckdienlichkeit untersucht werden:

I. Vorteile der Baufertigstellungsversicherung

1. Vorteile der Baufertigstellungsversicherung aus Sicht des Auftragnehmers

Zunächst scheint es (jedenfalls) auf den ersten Blick nicht einfach, bei einer isolierten Betrachtung der Baufertigstellungsversicherung dieser aus Sicht des Auftragnehmers Vorteile abgewinnen zu können, da sich – nüchtern betrachtet – der Auftragnehmer letztendlich gegen seine eigene Insolvenz mit eigenen (!) Versicherungsbeiträgen versichern soll und im Versicherungsfall die Versicherungsleistung nicht ihm, sondern – aus der Natur der Sache als Insolvenzsicherung - ausschließlich dem Auftraggeber zugute kommen soll. Allerdings ist diese reduzierte Betrachtung dahingehend zu relativieren, dass in der Praxis der Spezialversicherer die Baufertigstellungsversicherung ausschließlich als Ergänzung zur Baugewährleistungsversicherung und gerade nicht als einzelnes Versicherungsprodukt anbietet, da die Baufertigstellungsversicherung lediglich ergänzend das Versicherungsmodell der Baugewährleistungsversicherung, welches zugunsten des Auftragnehmers schwerpunktmäßig auf die Sicherung seiner Mängelhaftung ausgerichtet ist, als Gesamtpaket abrunden soll. Nichtsdestotrotz lassen sich v.a. mittelbare positive Effekte der Baufertigstellungsversicherung aus Sicht des Auftragnehmers herleiten:

a) Frühzeitige Mängelerkennung und langfristige Qualitätssicherung durch gutachterliche Baubegleitung

Die auch für die Baufertigstellungsversicherung obligatorische gutachterliche Baubegleitung führt praxisnah zu einer frühzeitigen Mängelerkennung und dient damit auch der mittel- und langfristigen Qualitätssicherung beim Auftragnehmer⁴⁹⁴. Insoweit dürfte durch die Sachverständigenbegleitung des Bauvorhabens sicherlich, was der Versicherer gerne auch als Werbeargument anführt, als mittelbarer Effekt eine Qualitätssteigerung (auch) zugunsten des Auftragnehmers gerade bei mehreren versicherten Bauvorhaben eintreten⁴⁹⁵.

b) (Eventuell) positives Marketinginstrument und Wettbewerbsvorteil

Möglicherweise (insbesondere weil noch keine empirischen Erhebungen in der Fachliteratur auffindbar sind bzw. auch „Negativwirkungen“ davon ausgehen können, s.u.) soll für den Auftragnehmer die Absicherung des Insolvenzrisikos „gerade in wirtschaftlich schwierigen Zeiten werbewirksam sein“⁴⁹⁶, zumal gerade aus Sicht privater Auftraggeber das Insolvenzrisiko ihres Bauvorhabens in deren Bedeutung und Auswirkungen einen immer höheren Stellenwert einnimmt, so dass möglicherweise durch dieses Marketinginstrument sich der Auftragnehmer auch einen Wettbewerbsvorteil verschaffen kann, zumal er durch „offensives“ Werben mit dieser Insolvenzversicherung zugunsten des Auftraggebers gleichzeitig signalisiert, dass sein Unternehmen die strengen Prüfungsvoraussetzungen des Spezialversicherers v.a. im Hinblick auf die wirtschaftliche Bonität des Unternehmens erfüllt bzw. zu erfüllen gedenkt. Insgesamt „sei dieses Werbeargument nicht zu verachten, denn das Insolvenzrisiko wurde durch die Bauinsolvenzen der letzten Jahre den Verbrauchern drastisch vor Augen geführt, weshalb gerade die Absicherung dieses Risikos den Ausschlag für einen bestimmten Bauunternehmer geben kann“⁴⁹⁷. Prinzipiell werbewirksam sind auch die Umstände, dass Prämienschuldner ausschließlich der Auftragnehmer ist, damit der Auftraggeber (jedenfalls zunächst) nicht mit dem Einmalbeitrag der Versicherung belastet wird,

⁴⁹⁴ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 421.

⁴⁹⁵ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 244.

⁴⁹⁶ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 421.

⁴⁹⁷ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 238.

und dass eine regelmäßige Baubegleitung und Qualitätskontrolle durch einen unabhängigen Sachverständigen erfolgt⁴⁹⁸.

c) (Eventuell) keine Notwendigkeit weiterer Sicherheitsstellungen, insbesondere einer Vertragserfüllungsbürgschaft

Sofern die Baufertigstellungsversicherung aufgrund des vom Auftraggeber geäußerten Wunsches der Sicherung (ausschließlich) des Insolvenzrisikos abgeschlossen wird, besteht grundsätzlich keine Notwendigkeit weiterer Sicherheitsstellungen; sollten hingegen von der Intention der Absicherung weitere bzw. andere Risiken zugunsten des Auftraggebers abgesichert werden, wird sich später die Frage stellen, ob kumulativ oder alternativ der Auftragnehmer andere Sicherheiten, insbesondere eine Vertragserfüllungsbürgschaft (ergänzend) zu stellen hat.

2. Vorteile der Baufertigstellungsversicherung aus Sicht des Auftraggebers

a) (Größtenteils) effektive Insolvenz-sicherung von Fertigstellungs- und Mängelbeseitigungsansprüchen durch verbrieften Direktanspruch des Auftraggebers

Der Auftraggeber erhält durch die Baufertigstellungsversicherung eine (größtenteils) effektive Insolvenz-sicherung seiner Fertigstellungs- und Mängelbeseitigungsansprüche gegen den Auftragnehmer, insbesondere durch den ihm im Zertifikat eingeräumten Direktanspruch gegen den Versicherer im Insolvenzfall. Voit kommt zu dem Ergebnis, dass die Baufertigstellungsversicherung (und die Baugewährleistungsver-sicherung, s.u.) „das Insolvenzrisiko für den Bauherrn erheblich mindern. Sie eignen sich insbesondere für private Bauherren, die sich in erster Linie vor dem Risiko der Insolvenz des Unternehmers schützen wollen. Ihnen bieten diese Versicherungen angesichts der recht hohen Deckungssumme einen weitgehend vollständigen Schutz“⁴⁹⁹. Die Insolvenz-sicherung ist insoweit effektiv, als der Auftraggeber ansonsten darauf verwiesen wäre, seine Fertigstellungs- und Mängelbeseitigungsansprüche lediglich als Insolvenzforderungen mit einer nahezu kaum erfolgenden quotalen Befriedigung zur Tabelle anmelden zu müssen. Verbraucherfreundlich bzw. insgesamt positiv stellt nunmehr auch Ziff. 3.1 VB BFV (2008) ausdrücklich klar, dass von

⁴⁹⁸ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 238.

⁴⁹⁹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 246.

der Baufertigstellungsversicherung neben den „originären“ Fertigstellungskosten auch die Mängelbeseitigungskosten aus vorinsolvenzlichen Baumängeln ersetzt werden. Insoweit schützt die Baufertigstellungsversicherung – reduziert auf die Intention der Insolvenzversicherung – den Auftraggeber nahezu umfangreich vor dem Risiko der Insolvenz des Auftragnehmers⁵⁰⁰.

b) Umfangreiche Mehrkostenerstattung

Im Insolvenz- und Versicherungsfall erhält der Auftraggeber eine umfangreiche Mehrkostenerstattung bis – so die bisherige Versicherungspraxis und auch noch die ausdrückliche Regelung in Ziff. 5.1 VB BFV (2005) – (maximal) 20% der im Versicherungsschein dokumentierten Bausumme. Diese Deckungssumme ist deutlich höher als bei anderen Sicherungsmitteln, insbesondere der Vertragserfüllungsbürgschaft (s.u.) und so bemessen, dass sie die dem Auftraggeber entstandenen Mehrkosten in aller Regel decken wird, was auch in der Praxis des Spezialversicherers bislang der Fall gewesen sein soll⁵⁰¹.

c) Reduzierung von Vorfinanzierungskosten durch (verbraucherfreundliche) Kostenübernahmeerklärung des Versicherers bzw. Direktabrechnung mit Ersatzunternehmer

Im Insolvenz- und Entschädigungsfall führen die o.g. Möglichkeiten der (verbraucherfreundlichen) Kostenübernahmeerklärung des Versicherers bzw. auch der erfolgenden Direktabrechnung mit dem Ersatzunternehmer im Ergebnis zu einer Reduzierung von Vorfinanzierungskosten auf Seiten des Auftraggebers⁵⁰². Er ist nicht - wie im anderweitigen Fall der Anmeldung als ledigliche Insolvenzforderung - darauf verwiesen, auf eigene Kosten und regelmäßig bei Verbrauchern durch entsprechende weitere Kreditaufnahmen die Fertigstellung des Bauvorhabens bzw. auch die Beseitigung von bis dahin aufgetretenen Mängeln selbst finanzieren zu müssen, ohne realistischerweise hierfür einen Ersatz von Dritten zu erhalten. Die Kostenübernahmeerklärung wirkt sich auch insoweit vorteilhaft aus, als ein Ersatzunternehmer viel schneller gewillt ist, entsprechende Baumaßnahmen fortzuführen, da er durch den Spezialversicherer einen solventen Kostenschuldner erhält und sich

⁵⁰⁰ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 421.

⁵⁰¹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 238 und 243.

⁵⁰² Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 238 und 243.

nicht auf die – in der Praxis oft bei privaten Bauherren gegebene – unsichere Finanzlage einlassen muss.

d) Keine Selbstbeteiligung des Auftraggebers

Vorteilhaft wirkt sich im Insolvenzfall ebenso aus, dass den Auftraggeber – im Gegensatz zur Baugewährleistungsversicherung (vgl. Ziff. 10.4 VB BGV (2008)) – überhaupt keine Selbstbeteiligung (beispielsweise wie bei der Baugewährleistungsversicherung in Höhe von bis zu 500,00 Euro) trifft, insbesondere auch nicht bei zu beseitigenden Mängeln und den damit verbundenen Kosten.

e) Frühzeitige Mängelerkennung und langfristige Qualitätssicherung durch gutachterliche Baubegleitung

Äußerst positiv wirkt sich für den Auftraggeber die gutachterliche Baubegleitung aus, insbesondere im Hinblick auf die frühzeitige Mängelerkennung und auch – unabhängig von einer (ebenso aus seiner Sicht wünschenswerter Weise nicht eintretenden) Insolvenz – langfristige Qualitätssicherung seines Bauvorhabens. Voit kommt zu dem Ergebnis, dass „gerade bei privaten Bauherren, die möglicherweise die Planung dem Bauunternehmer überlassen haben und deshalb auf einen Architekten verzichten, eine solche Begutachtung von großem Wert sein kann“⁵⁰³.

f) Einfach zu handhabendes und für den Auftraggeber (vordergründig) prämiensfreies Sicherungsinstrument

Aufgrund des Versicherungsmodells handelt sich v.a. für den privaten Auftraggeber bei der Fertigstellungsversicherung um eine relativ „einfach zu handhabende Absicherung des Risikos der Insolvenz des Bauunternehmers, insbesondere durch die Standardisierung des Schutzes“⁵⁰⁴: Der Auftraggeber muss keine versicherungsvertraglichen Erklärungen abgeben, er erhält bei entsprechenden Voraussetzungen ein Zertifikat, welches ihm seinen Direktanspruch im Insolvenzfall gegen den Versicherer verbrieft. Ebenso wenig ist er Prämienschuldner des Versicherers, gleichzeitig aber ausschließlich Begünstigter im Rahmen des Versicherungsvertrages zugunsten Dritter. Allerdings ist (um diesen letzten Punkt auf-

⁵⁰³ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 244.

⁵⁰⁴ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 243.

zugreifen) die Baufertigstellungsversicherung (wie die Baugewährleistungsversicherung) nur vordergründig (formal) für den Auftraggeber prämienfrei, da die – vom Auftragnehmer zu leistenden - Versicherungsprämien und auch Sachverständigenkosten etc. letztendlich zu einer Verteuerung des Bauvorhabens insgesamt führen, welche der Auftragnehmer regelmäßig in seiner Kalkulation über einen höheren Preis größtenteils an den Auftraggeber weitergeben wird (siehe gleich).

II. Nachteile der Baufertigstellungsversicherung

Gerade der letzte Aspekt der Verteuerung des Bauvorhabens bzw. auch nachfolgende Gründe sprechen gegen ein (gern so beworbenes) vollumfängliches „Sorglospaket“ der Baufertigstellungsversicherung, denn „trotz aller Vorzüge bleiben jedoch bei der Ausgestaltung der Baufertigstellungsversicherung Risiken“⁵⁰⁵, da bei genauerem Hinschauen der Teufel im Detail steckt, da neben einigen versicherungsrechtlichen Deckungslücken auch gewisse (Leistungsumfangs-)Nachteile im Vergleich zur Vertragserfüllungsbürgschaft bestehen, was auch im Rahmen der späteren Betrachtung der systemexternen bzw. systemmodifizierenden Praktikabilität vertieft wird:

1. Nachteile der Baufertigstellungsversicherung aus Sicht des Auftragnehmers

a) Kostenmäßige Mehrbelastung des Auftragnehmers durch einmaligen Versicherungsbeitrag und Sachverständigenkosten

Nicht von der Hand zu weisen ist die kostenmäßige Mehrbelastung (zunächst) des Auftragnehmers: Im Rahmen der Baufertigstellungsversicherung kommt praktisch vor Beginn der Bauarbeiten schon ein nicht unerheblicher Einmalbeitrag in Höhe von ca. 0,9% der Bausumme⁵⁰⁶ auf ihn zu, außerdem kann (wie bereits erwähnt) die Baufertigstellungsversicherung nur zusammen mit der Baugewährleistungsversicherung abgeschlossen werden, so dass neben der ca. 0,9%-igen Prämie für die Baufertigstellungsversicherung noch zusätzlich die auf einmal zu leistende Prämie für die Baugewährleistungsversicherung in Höhe von ca. 1,2% der Bausumme hinzukommt, damit die Verteuerung bei ca. 2,1% der Bausumme

⁵⁰⁵ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 238.

⁵⁰⁶ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 235 Fn. 2.

liegt⁵⁰⁷. Weiterhin ist der Auftragnehmer verpflichtet, die im Rahmen der Baubegleitung anfallenden Sachverständigenkosten selbst zu tragen, nach Angaben des Spezialversicherers belaufen sich diese – wie bereits erwähnt – „im Falle eines Einfamilienhauses mit Kellers beispielsweise auf rund 750,00 Euro, wenn sehr viele Objekte versichert sind, bei nur einem Objekt betragen sie 2.120,00 Euro“⁵⁰⁸. Berücksichtigt man diese zwei Positionen, so führt dies im Ergebnis zu einer nicht unerblichen Verteuerung des Bauvorhabens (ganz abgesehen vom ggf. zusätzlichen Selbstbehalt im Versicherungsfall der Baugewährleistungsver sicherung in Höhe von mindestens 2.500,00 Euro bzw. darüber hinaus von 10% der zu zahlenden Entschädigung). Letztendlich wird der Auftragnehmer diese Verteuerung (jedenfalls teilweise) durch „entsprechend höhere Preise seiner Bauleistung“⁵⁰⁹ an den Auftraggeber weitergeben. Im Vorfeld sollte deshalb der Auftraggeber abwägen, ob ihm sein Bauvorhaben tatsächlich eine solche Verteuerung aufgrund einer Baufertigstellungsversicherung und der dann gleichzeitig mitabzuschließenden Baugewährleistungsver sicherung „wert ist“ bzw. überhaupt finanzierbar ist (s.u. zu diesen Überlegungen).

b) (Eventuell) kein Wettbewerbsvorteil wegen Verteuerung des Bauvorhabens und erhöhte Akzeptanzschwelle seitens des Auftraggebers

Möglicherweise führt eben diese beschriebene Verteuerung des Bauvorhabens dazu, dass zwangsläufig der kalkulierte bzw. anzubietende Preis des Bauvorhabens steigt und möglicherweise bei einem Auftraggeber, welcher keinen gesteigerten Wert auf die Sicherung des Insolvenzrisikos legt bzw. schlichtweg hierfür kein Geld übrig hat, dazu führt, sich für eine insoweit kostengünstigeren Wettbewerber zu entscheiden. Negativ könnte sich auch auswirken, dass das Sicherungsinstrument der Baufertigstellungsversicherung in der Baupraxis nahezu (noch) unbekannt ist, selbst in (Architekten-, Verbands-, Juristen-, Versicherungs-etc.) Fachkreisen findet sich kaum Informationsmaterial und Fachwissen hierzu. Insoweit liegt es nahe, dass ein Laie und insbesondere ein privater Auftraggeber von Natur aus einem neuartigen Sicherungsinstrument äußerst skeptisch gegenüber steht, zumal vordergründig das Modell einer Bürgschaft über eine bürgende Bank für den Verbraucher be-

⁵⁰⁷ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 235 Fn. 2.

⁵⁰⁸ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 244.

⁵⁰⁹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 238.

kannter und aufgrund der schon wesentlich längeren Existenz in der Bau- und Finanzierungspraxis der Banken subjektiv „vertrauenswürdiger“ erscheinen könnte.

c) (Eventuell) kein Interesse an gutachterlicher bzw. allzu umfangreicher Baukontrolle

Offen muss das Phänomen angesprochen werden, dass – vorsichtig formuliert - jedenfalls „in bestimmten“ Bauunternehmerkreisen gar kein ausgeprägtes Interesse an einer gutachterlichen Baukontrolle besteht, ebenso wenig an einer umfangreichen Bonitätsprüfung im Vorfeld des Versicherungsabschlusses durch den Spezialversicherer: Hier müsste sich der Auftragnehmer wirtschaftlich und technisch sozusagen „in die Karten schauen lassen“, beispielsweise müsste er seine Kalkulationen offen legen, darstellen, welche Materialien und Bautechniken er verwenden wird bzw. sonstige Informationen dem Spezialversicherer liefern, damit dieser sein Risiko entsprechend bewerten kann. Während der Bauphase werden dann durch eine – in der Regel durch unabhängige Institutionen wie TÜV und DEKRA durchgeführte – Sachverständigenbaubegleitung möglicherweise auch Mängel moniert, welche aus gegenteiliger Sicht des Auftragnehmers und dessen Bewertung „keine (erheblichen) Mängel“ darstellen sollten, jedenfalls nicht nachgebessert werden sollen. Hier kann ein gewisses Spannungsverhältnis entstehen, zumal wenn dann noch der Auftraggeber von diesen gutachterlich bescheinigten Sachmängeln Kenntnis erlangt. Außerdem wird dann neben dem Auftraggeber als solchen auch der Versicherer zwecks eigener Risikominimierung massiv aus ureigenem Interesse darauf drängen, dass – aus Sicht des Auftragnehmers unter Reduzierung seines Gewinns – diese Mängel auch zeitnah beseitigt werden. Ob sich ein Auftragnehmer, welcher sich – so die bedauerliche Baupraxis – nicht in gefestigten wirtschaftlichen Verhältnissen befindet bzw. (aus welchen Gründen auch immer) nicht „100%-mangelfrei“ arbeiten möchte bzw. kann, einer so umfangreichen Kontrolle durch den Spezialversicherer, den Bausachverständigen und letztendlich auch den Auftraggeber unterziehen möchte, scheint in einer nicht zu unterschätzenden Anzahl praktischer Fälle eher zweifelhaft (wobei klargestellt wird, dass diesbezüglich keine empirischen Zahlen vorliegen). Im Übrigen dürfte es gerade solchen Auftragnehmern äußerst schwer vermittelbar sein, warum sie für diese (allzu) umfangreiche Kontrolle sozusagen noch aus eigener Tasche aufkommen sollen.

d) (Eventuell) negatives Marketinginstrument bzw. hohe Akzeptanzschwelle seitens des Auftragnehmers bezüglich einer Versicherung gegen sein eigenes Insolvenzrisiko

Wie bereits angedeutet, ist es zunächst v.a. psychologisch schwer vermittelbar, dass sich – bei isolierter Betrachtung der Baufertigstellungsversicherung - der Auftragnehmer sozusagen „gegen seine eigene Pleite“ versichern soll, er muss paradoxerweise an den Kunden herantreten und diesem eine Absicherung gegen die eigene Insolvenzgefahr anbieten! Dass ein solches Anpreisen der Insolvenzabsicherung beim Kunden zunächst Zweifel an der eigenen Bonität des Vertragspartners hervorrufen wird, ist nicht von der Hand zu weisen. Überspitzt formuliert, fällt der Auftragnehmer mit dessen Insolvenzrisiko sozusagen „mit der Tür ins Haus“, wenn er es nicht schafft, positiv den Auftraggeber von dessen unzweifelhaftem Vorteil einer Insolvenzabsicherung zu überzeugen und gleichzeitig diesem die Ängste vor einer wirtschaftlichen Schlechtstellung des Unternehmens nimmt. Um dieses negativ belastete Argument letztendlich als positives Marketinginstrument verwerten zu können, muss der Auftragnehmer unbedingt auf die von ihm zu durchlaufende strenge Bonitätsprüfung durch den Versicherer hinweisen. Ob dieses (vermeintliche) Marketingargument bzw. letztendlich der Abschluss einer Baufertigstellungsversicherung in dem von der Versicherungswirtschaft gewünschten Umfang seitens der Unternehmerschaft akzeptiert wird, ist sicherlich nicht unproblematisch, dies wird die Zukunft zeigen (wobei in diesem Zusammenhang die Prognose von Voit nicht von der Hand zu weisen ist, dass „v.a. im Bereich der privaten Auftraggeber die Zahl der Versicherungsverträge über die bereits jetzt gezeichnete Zahl von mehreren tausend von Verträgen hinaus deutlich steigen werde“⁵¹⁰).

2. Nachteile der Baufertigstellungsversicherung aus Sicht des Auftraggebers

a) Verteuerung des Bauvorhabens auf Auftraggeberseite

Wie bereits erwähnt, führen die Baufertigstellungsversicherung und die zwingend mitabzuschließende Baugewährleistungsver sicherung mit „entsprechend höheren Preisen der Bauleistung“⁵¹¹ zu einer Verteuerung des Bauvorhabens im Ergebnis auf (privater) Auf-

⁵¹⁰ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 235.

⁵¹¹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 238.

traggeberseite. Bedauerlicherweise sieht die Baupraxis gerade bei Verbraucherbauprojekten so aus, dass Verbraucher oft unter Überschreitung ihrer eigentlichen finanziellen Möglichkeiten versuchen, ihr Bauvorhaben irgendwie mit letzter finanzieller Kraft zu finanzieren, so dass oftmals kein finanzieller Puffer mehr vorhanden ist, in der Folge sicherlich auch nicht für entsprechende Versicherungen (bzw. sonstige Sicherungsmittel). Zwar ist der Verzicht auf eine Absicherung des Insolvenzrisikos des Auftragnehmers aufgrund der Erfahrungen der Insolvenzhäufigkeit in der Bauwirtschaft regelrecht blauäugig, doch wird jede Verteuerung des Bauvorhabens v.a. seitens finanzschwacher (privater) Auftraggeber kritisch hinterfragt und wohl eher abgelehnt werden. Neben diesen wirtschaftlichen Überlegungen bestehen aber auch erhebliche rechtsdogmatische Bedenken an der Baufertigstellungsversicherung und insbesondere an den ihr zugrundeliegenden Versicherungsbedingungen VB BFV (2008) bzw. VB BFV (2005):

b) Kein Eintritt des Versicherungsfalles bei BGB-Bauvertrag mangels insolvenzbedingten Sonderkündigungsrechts sowie (unverhältnismäßig) verzögerter Eintritt des Versicherungsfalles erst ab Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse bzw. Ablehnung der Vertragserfüllung im Insolvenzverfahren

Haben die Parteien – was oft bei privaten Bauvorhaben der Fall ist – einen Werkvertrag nach BGB vereinbart, und – was ebenfalls regelmäßig der Fall ist – kein insolvenzbedingtes Sonderkündigungsrecht des Auftraggebers vertraglich vereinbart, so wurde bereits auf haftungsrechtlicher Ebene (s.o.) darauf hingewiesen, dass im Ergebnis im Insolvenzfall dem Auftraggeber kein (gesetzliches) Sonderkündigungsrecht wegen Insolvenz zusteht, ihm (theoretisch) lediglich das freie Kündigungsrecht nach § 649 S. 1 BGB verbleibt, welches ein Auftraggeber (außer in begrenzten Notfällen) aufgrund der gravierenden Rechtsfolgen aus § 649 S. 2 BGB nicht, auch nicht im Insolvenzfall ausüben wird. Dies bedeutet im Ergebnis für den Versicherungsfall nach Ziff. 2.2 S. 1 und 2 VB BFV (2008), dass die Alt. 1 des Versicherungsfalles jedenfalls beim BGB-Bauvertrag rein theoretisch vorgesehen ist und in der Praxis regelmäßig nicht eintreten wird, da der Versicherer nach Ziff. 2.2 S. 2 VB BFV (2008) verlangt, dass „die Voraussetzung für die Gewährung des Versicherungsschutzes jedoch ist, dass der Auftraggeber (Bauherr) den zugrunde liegenden Werkvertrag [ergänzend: im Insolvenzeröffnungsverfahren] gekündigt hat“. In diesem Fall ist der Auftraggeber auf die - regelmäßig (zu) lange dauernde – Alt. 2 des Versicherungsfalles nach Ziff.

2.2 S. 3 VB BFV (2008) angewiesen, nämlich regelmäßig bis zu 3 Monate und damit aus hiesiger Sicht ungebührlich lange abwarten zu müssen, ob nunmehr die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt werden wird, oder aber – noch länger dauernd – im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die (auch noch erforderliche) ausdrückliche Erklärung des Insolvenzverwalters, ob er nun endlich die Erfüllung des Bauvertrages erklärt oder ablehnt, abzuwarten hat. Ebenso muss ein den Auftraggeber im Insolvenzfall beratender Praktiker den Auftraggeber auf das Risiko einer Kündigung mit den Rechtsfolgen aus § 649 S. 2 BGB hinweisen und dann regelmäßig von einer solchen Kündigung mindestens beim BGB-Bauvertrag abraten. Aus hiesiger Sicht führt dies dazu, dass damit diese Alt. 1 des Versicherungsfalles beim BGB-Bauvertrag eine lediglich theoretische, nicht für die Praxis geeignete Möglichkeit darstellt und damit ins Leere geht. Zwar ist der Auftraggeber nicht ohne Schutz im Hinblick auf die 2. Alternative der Ziff. 2.2 S. 3 VB BFV (2008), doch wird aus baupraktischer Sicht die äußerst wertvolle Zeit bis zum Eintritt des Versicherungsfalles vergeudet (bedenkt man beispielsweise ein beginnendes Insolvenzverfahren kurz vor Eintritt von Schlechtwetterzeiten im Spätherbst/Winter und den damit eigentlich umgehend erforderlichen, dann aber verzögerten Baufertigstellungsmaßnahmen).

c) Risikobehafteter Eintritt des Versicherungsfalles bei insolvenzbedingter Kündigung nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B

Wie bereits oben im haftungs- und insolvenzrechtlichen Teil dargestellt, ist selbst beim VOB-Bauvertrag eine insolvenzbedingte Kündigung nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B gerade im Insolvenzeröffnungsverfahren rechtlich nicht risikolos: Zwar wird im Rahmen dieser Untersuchung unter Bezugnahme auf die – letztendlich auf der grundlegenden Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1985⁵¹² basierenden – Urteile des OLG Karlsruhe vom 26.07.2002⁵¹³ sowie des OLG Düsseldorf vom 06.09.2006⁵¹⁴ davon ausgegangen, dass dem Auftraggeber bei Vereinbarung der VOB/B – neben den im Sinne von § 119 InsO und §§ 305 ff. BGB wirksamen Alt. 1. und 4. des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B (s.o.) – weiterhin auch das Kündigungsrecht nach der 2. Alternative des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B im Insolvenz-

⁵¹² BGH BauR 1986, 91.

⁵¹³ OLG Karlsruhe IBR 2006, 398.

⁵¹⁴ OLG Düsseldorf BauR 2006, 1908.

eröffnungsverfahren zusteht, doch besteht mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung durchaus noch das rechtlich denkbare Risiko, dass möglicherweise eine solche Kündigung mit den o.g. Argumenten in der Literatur als unwirksam angesehen wird, mit der für den Auftraggeber nicht gewollten Rechtsfolge einer dann möglichen Auslegung bzw. Umdeutung als freie Kündigung nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/B. Dagegen ist das Risiko einer Unwirksamkeit einer insolvenzbedingten Kündigung im eröffneten Insolvenzverfahren nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 3 VOB/B aus versicherungsrechtlicher Sicht insoweit vernachlässigenswert, da – ohne das Erfordernis einer zu erklärenden Kündigung – nach der 2. Alternative der Ziff. 2.2 S. 3 VB BFV (2008) als einzige Handlung die Ablehnungserklärung des Insolvenzverwalters bezüglich der Erfüllung des Bauvertrages ausreicht, um einen Versicherungsfall und damit die Entschädigungsleistungen zugunsten des Auftraggebers ohne das Erfordernis einer risikobehafteten Kündigungserklärung herbeizuführen.

d) (Verfehlt) Kündigungsobliegenheit des Auftraggebers nach Ziff. 10.4.1 VB BFV (2008)

Aufgrund dieser Kündigungsrisiken zulasten des Auftraggebers, insbesondere beim BGB-Bauvertrag ist die in Ziff. 10.4.1 VB BFV (2008) neu aufgenommene Kündigungsobliegenheit des Auftraggebers dogmatisch völlig verfehlt, wenigstens ist diese Regelung (noch) sanktionslos. Würde der Auftraggeber v.a. eines BGB-Bauvertrages dieser Obliegenheit nachkommen und mit der Rechtsfolge des § 649 S. 2 BGB kündigen, würde gerade dem privaten Auftraggeber das Risiko der vollen Vergütungspflicht aufgebürdet werden, ohne hierzu in irgendeiner Form durch die Baufertigstellungsversicherung entschädigt zu werden. Insoweit ist zukünftig diese Obliegenheit seitens des Versicherers zwingend zu entfernen.

e) Keine Erstattung bestimmter Mehrkosten aufgrund (allzu) weitreichender Ausschlusstatbestände in Ziff. 7.1 – 7.3 VB BFV (2008)

Negativ wirkt sich natürlich für den Auftraggeber in der Baufertigstellungsversicherung aus, dass nach Ziff. 7.1 bis 7.3 VB BFV (2008) keine Erstattung von Folgekosten wie Vertragsstrafen, Schadensersatzansprüchen, Verzugsschadensleistungen (Ziff. 7.1 VB BFV (2008)), Kosten aufgrund von zu frühen Teilzahlungen (Ziff. 7.2 VB BFV (2008)) sowie Kosten aufgrund von Überzahlungen (Ziff. 7.3 VB BFV (2008)) erfolgt (s.o.). Sicherlich resultiert dieser Ausschluss aus der Natur der Sache, da Zweck der Baufertigstellungsversicherung

ausschließlich die Insolvenzsicherung und nicht darüber hinausgehend die Sicherung von (Schadensersatz-, etc.) Ansprüchen außerhalb der Insolvenz wegen nicht rechtzeitiger, vollständiger bzw. mangelfreier Werkleistung des Auftragnehmers ist, doch fällt diese fehlende Sicherung auf Seiten des Auftraggebers erst einmal negativ ins Gewicht.

f) Keine Mehrkostenerstattung bei Vertragsfortführung im Insolvenz(eröffnungs)verfahren

Wie bereits oben ausführlich erläutert, ist auch der – in der Praxis wohl eher selten vorkommende – Fall einer Bauvertragsfortführung im Insolvenzeröffnungsverfahren und dann im eröffneten Insolvenzverfahren für den Auftraggeber „nicht ganz risikolos“⁵¹⁵: Zum einen werden dem Auftraggeber mangels Versicherungsfalls nicht die ihm entstehenden Mehrkosten, insbesondere in Form von Bauzustandsfeststellungs- und Stillstandskosten ersetzt. Zum anderen besteht das insolvenzrechtliche Risiko, dass mögliche Kosten der Mängelbeseitigung von vorinsolvenzlich eingetretenen Mängeln nicht als Masseverbindlichkeiten, sondern lediglich als bloße Insolvenzforderung bewertet werden (s.o.), so dass sich dann bei Bewertung dieser Mängelansprüche als ledigliche Insolvenzforderungen trotz der Vertragsfortführung beim Auftraggeber das klassische Insolvenzrisiko mangels Versicherungsschutzes verwirklicht⁵¹⁶. Insoweit ist für diesen Fall ein effektiver Schutz des Auftraggebers vor den Risiken der Insolvenz nicht gegeben⁵¹⁷.

g) Risiko des versicherungsrechtlichen Verlusts des (regelmäßig) einzigen Sicherungsmittels des Auftraggebers unabhängig vom bzw. im Insolvenzfall des Auftragnehmers

Sofern sich der Auftraggeber als einziges Sicherungsmittel für die Sicherung über eine Baufertigstellungsversicherung (in Verbund mit einer Baugewährleistungsver sicherung) und nicht für eine Bürgschaftssicherung entschieden hat, besteht das nicht von der Hand zu weisende Risiko, dass der Versicherungsschutz als solcher wegfällt, sei es aufgrund eines Fehlverhaltens seines Vertragspartners als Versicherungsnehmer (wofür der Auftraggeber

⁵¹⁵ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 240.

⁵¹⁶ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 257.

⁵¹⁷ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 240.

nichts kann!), sei es aufgrund der letztendlich ungeklärten Reichweite des eigentlich verbrieften Verzichts des Versicherers auf § 334 BGB in Ziff. 10.1 VB BFV (2008):

i) (Eventuell) Wegfall des Versicherungsschutzes unabhängig vom Eintritt des Insolvenzfalls v.a. wegen eines (Fehl)Verhaltens des Auftragnehmers sowie bei Übergang des Unternehmens des Versicherungsnehmers auf Dritte

Wie bereits oben umfangreich dargestellt, hat sich der Versicherer umfangreich Beendigungsmöglichkeiten des Versicherungsvertrages, insbesondere durch Rücktritt, Kündigung und Anfechtung bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen eingeräumt. Die Voraussetzungen sind aus hiesiger Sicht relativ schwammig und unklar bzw. für den Versicherer relativ einfach ausübbar. Plastisch wird dies an dem in Ziff. 12.1.1 VB BFV (2008) geregelten Rücktrittsrecht des Versicherers für den Fall, dass durch den Versicherungsnehmer „ein Umstand nicht oder nicht richtig angezeigt wurde, weil sich der Versicherungsnehmer der Kenntnis der Wahrheit arglistig entzogen hat“. Wie bereits angedeutet, entzieht sich - überspitzt formuliert - jeder Versicherungsnehmer „arglistig der Kenntnis der Wahrheit“, wenn es im Ergebnis zu dessen Insolvenz kommt, insbesondere weil er die wirtschaftlichen Alarmzeichen nicht wahrnehmen wollte und er bewusst die Augen vor der objektiv drohenden Insolvenz geschlossen hat. Unter Geltendmachung eines solchen Fehlverhaltens kann der Versicherer jedenfalls theoretisch (in Anbetracht von auszahlenden hohen Deckungssummen aber auch praktisch durchaus denkbar) zumindest versuchen, sich auf dieses Rücktrittsrecht bzw. andere Beendigungsmöglichkeiten zu berufen mit der Folge, dass u.U. der Auftraggeber sein regelmäßig einziges Sicherungsmittel gegen die nunmehr eingetretene Insolvenz des Auftragnehmers verliert. Das gleiche Risiko gilt für das in Ziff. 14.1.2 VB BFV (2008) aufgenommene Kündigungsrecht im Falle des Übergangs des Unternehmens des Versicherungsnehmers auf einen Dritten, wenn unter den dort genannten Voraussetzungen seitens des Dritten bzw. sogar des Versicherers selbst das Versicherungsverhältnis gekündigt wird mit der Folge, dass der von der Baufertigstellungsver sicherung werbewirksam angepriesene Insolvenzschutz ohne jegliches Zutun des Auftraggebers einfach entfällt.

ii) (Eventuell) Wegfall des Versicherungsschutzes im Insolvenzfall aufgrund des „nicht eindeutigen“ Einwendungsverzichts des Versicherers

Auch unter Bezugnahme auf diese eben geschilderten Anfechtungs- und sonstigen Beendigungsmöglichkeiten des Versicherers weist Voit zu Recht darauf hin, dass der Schutz des Auftraggebers vor dem Einwendungsdurchgriff nach § 334 BGB „nicht eindeutig“⁵¹⁸ ist. Wie bereits ausgeführt, muss - bei einer vorsichtigen Rechtsberatung - von dem o.g. Grundsatz der Abbildung des deckungsrechtlichen Verhältnisses im Vollzugsverhältnisses ausgegangen werden mit der Folge, dass letztendlich bei wirksamer Beendigung des Versicherungsvertrages der Auftraggeber damit rechnen muss, dass in der Folge sein v.a. im Insolvenzfall bestehender Direktanspruch wegfallen kann, zumal es der Spezialversicherer in der Überarbeitung der bisherigen VB BFV (2005) in Form der neuen VB BFV (2008) unterlassen hat, einen v.a. aus Verbraucherschutzgesichtspunkten zu fordernden, unmissverständlichen und vollumfänglichen Einwendungsausschluss zu formulieren; vielmehr geht der Versicherer mit der Neueinführung von Ziff. 10.1 S. 4 VB BFV (2008) sogar davon aus, dass sich die Beendigung des Versicherungsvertrages „z.B. durch Rücktritt, Kündigung oder Anfechtung“ wohl auch gänzlich auf das Vollzugsverhältnis mit der Rechtsfolge des Verlustes des Absicherungsmittels des Auftraggebers durchschlägt. Insoweit kann aus Sicht des Auftraggebers nicht von einem gänzlich „sicheren“, d.h. rechtsbeständigen Instrument zur Sicherung des Insolvenzrisikos gesprochen werden.

h) Eingeschränkte Bau- und Qualitätskontrolle mangels Auskunftsanspruchs des Auftraggebers bezüglich gutachterlicher Baubegleitung

Jedenfalls nach dem Wortlaut der Versicherungsbedingungen VB BFV (2008) hat der Auftraggeber keinen Anspruch auf Auskunftserteilung seitens des vom Auftragnehmer beauftragten Sachverständigen, insbesondere nicht auf Herausgabe der entsprechenden Prüfberichte, Gutachten etc. des Bausachverständigen. Wird ihm diese Einsichtnahme verwehrt, kann er natürlich nur eingeschränkt die Bauqualität etc. kontrollieren, er müsste dann rein theoretisch einen eigenen Gutachter einschalten. Insoweit empfiehlt Voit, dass „sich in der Praxis hier durch den Abschluss einer Zusatzvereinbarung des Bauherrn mit dem TÜV, der die Begutachtung durchführt, Abhilfe schaffen ließe“⁵¹⁹. Ob sich allerdings der Auftragnehmer bzw. auch der Versicherer durch ein dann vollumfängliches Einsichtsrecht des Auftraggebers tatsächlich jederzeit in die Karten schauen lassen wollen, kann durchaus aus

⁵¹⁸ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 243.

⁵¹⁹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 244.

Verbrauchersicht kritisch hinterfragt werden, ebenso ob tatsächlich der Bauunternehmer als „Auftraggeber“ des Parteigutachtens dieses auch wirklich dem Bauherrn durch Einverständniserklärung gegenüber dem Sachverständigen zur Verfügung stellen will bzw. sich erst einmal der Sachverständige auf seine Verschwiegenheitspflicht gegenüber seinem eigenen Auftraggeber, d.h. dem Bauunternehmer, im Verhältnis zu dem anfragenden Bauherrn berufen wird.

III. Gesamtbewertung der Praktikabilität der Baufertigstellungsversicherung

Im Rahmen einer Gesamtbewertung lässt sich nach Abwägung der e.g. Vor- und Nachteile aus hiesiger Sicht festhalten, dass insgesamt die Baufertigstellungsversicherung ihrem originären Zweck der Insolvenzabsicherung des Auftraggebers im Insolvenzfall des Auftragnehmers größtenteils dient, damit für den (v.a. privaten) Auftraggeber von durchweg zu bejahendem Vorteil ist. Dafür spricht aus Sicht des Auftraggebers im Wesentlichen, dass der Auftraggeber im Insolvenzfall eine umfangreiche, zweckgebundene Mehrkostenerstattung durch einen solventen Dritten, nämlich den Versicherer erhält und damit gewährleistet ist, dass sein Bauvorhaben – ggf. auch unter Beseitigung der bis dahin entstandenen Mängel – fertig gestellt wird. Nachteilig zulasten des Auftraggebers ist natürlich, dass dieser beim BGB-Bauvertrag regelmäßig kein vertraglich vereinbartes und auch nicht gesetzlich vorgesehenes Sonderkündigungsrecht wegen Insolvenz des Auftragnehmers hat und damit unzumutbar lange auf eine Entschädigungsleistung nach der Alt. 2 des Versicherungsfalles aus Ziff. 2.2 VB BFV (2008) warten muss. Insgesamt aber bewertet auch Voit die Baufertigstellungsversicherung aus Sicht des Auftraggebers als einen - bezogen auf das Insolvenzrisiko - „weitgehend vollständigen Schutz“⁵²⁰. Aus der (anderen) Perspektive des Auftragnehmers als Versicherungsnehmer gesehen ist zwar die Baufertigstellungsversicherung mit einer nicht unerheblichen Mehrbelastung des Bauvorhabens durch Prämien und Sachverständigenkosten verbunden (welche aber im Ergebnis (jedenfalls größtenteils) an den Auftraggeber weitergegeben werden); trotzdem erscheint mit der Ansicht von Wolff „eine solche Versicherung trotz der mit ihr verbunden Mehrbelastung durch Prämien auch für den Bauunternehmer sinnvoll“⁵²¹. Ebenso ergibt sich als positiver Effekt zugunsten des Auftragnehmers, dass sich „die baubegleitende Begutachtung gerade bei Bauunternehmern, die

⁵²⁰ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 246.

⁵²¹ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 421.

mehrfach derartige Versicherungen abschließen, positiv auf die Qualität auswirken soll“⁵²². Sofern letztendlich Auftragnehmer und auch Auftraggeber zur Übernahme der nicht zu unterschätzenden Mehrkosten des Bauvorhabens durch den Abschluss einer Baufertigstellungsversicherung (in Verbindung mit einer Baugewährleistungsver sicherung) bereit sind, ist im Ergebnis die Baufertigstellungsversicherung gerade aus Verbrauchergesichtspunkten, aber auch aus Sicht der öffentlichen Hand als jeweilige Auftraggeber ein für die Baupraxis regelmäßig zu empfehlendes Sicherungsinstrument (wobei v.a. auf Auftraggeberseite die o.g. Nachteile berücksichtigt werden müssen, gerade bei noch folgender Abwägung zur Vertragserfüllungsbürgschaft und unter gleichzeitiger Beachtung der - in der nachfolgenden systemmodifizierenden Praktikabilität angesprochenen - Empfehlungen und Modifikationsvorschläge).

B. Praktikabilität der Baugewährleistungsver sicherung

Die Praktikabilität und damit Zweckdienlichkeit der Baugewährleistungsver sicherung ist an ihren zwei Hauptzwecken - die Sicherung des Nacherfüllungs- und Minderungsrisikos des Auftragnehmers sowie die Insolvenzsicherung des Auftraggebers - zu messen, weswegen nachfolgend die Vor- und Nachteile der Baugewährleistungsver sicherung untersucht werden:

I. Vorteile der Baugewährleistungsver sicherung

1. Vorteile der Baugewährleistungsver sicherung aus Sicht des Auftragnehmers

a) Umfangreiche Absicherung des Nacherfüllungs- und Minderungsrisikos des Auftragnehmers

Mit der Baugewährleistungsver sicherung erhält der Auftragnehmer eine v.a. kostenmäßig umfangreiche Absicherung seines Nacherfüllungs- und Minderungsrisikos für die Zeit der vier- bzw. fünfjährigen Verjährungsfrist nach VOB/B bzw. BGB. Kaum ein anderes Sicherungsmittel sichert (derzeit) den Auftragnehmer derart umfangreich für seine gewährleistungsrechtlichen Eintrittspflichten für die Mängelbeseitigung und ggf. Minderung ab. Der Auftragnehmer sichert damit sein ureigenes finanzielles Eigeninteresse ab, zumal er im

⁵²² Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 246.

Haftungs- und Versicherungsfall – abgesehen von seiner Selbstbeteiligung – keine eigenen weiteren Kosten einkalkulieren muss, da er diese auf Selbstkostenbasis vom Versicherer ersetzt erhält. Darüber hinaus bekommt er sämtliche Mängelbeseitigungsnebenkosten ersetzt, insbesondere die Schadenssuchkosten (Ziff. 6.2 VB BGV (2008)) sowie auch die Kosten zwecks Zugänglichmachung bzw. Wiederherstellung des vorherigen Zustandes (Ziff. 6.1.1 VB BGV (2008)). Im Minderungsfall erhält er einen entsprechenden Ersatz bzw. eine Freistellung durch den Versicherer. Aufgrund dieser umfangreichen Kostenerstattung seiner Nacherfüllungs- und Minderungskosten dürfte der Auftragnehmer auch regelmäßig gegenüber dem Auftraggeber zur entsprechenden Mängelbeseitigung bzw. Minderung bereit sein.

b) Mitversicherung der von Subunternehmern verursachten Nacherfüllungs- und Minderungsrisiken des Hauptunternehmers

Weiterhin ist v.a. für Bauträger und Generalübernehmer als Versicherungsnehmer von Vorteil, dass die von Subunternehmern verursachten Nacherfüllungs- und Minderungsansprüche des Auftraggebers prinzipiell nach Ziff. 1.2 S. 2 VB BGV (2008) unter den dort genannten Voraussetzungen (bzw. unter den nicht unkritisch zu bewertenden Einschränkungen (s.u.)) mitversichert sind. Dies soll insbesondere bei Bauträgerverträgen zu einem „erheblichen Sinken des Insolvenzrisikos des Bauträgers führen, wenn die Mängelbeseitigungskosten von der Versicherung getragen werden“⁵²³.

c) Umfangreiche Unterstützung im Versicherungsfall mit Spezialwissen einschließlich Rechtsschutz und Kostenübernahmeerklärung

Insbesondere im Versicherungsfall der Mängelhaftung erhält der Versicherungsnehmer eine umfangreiche Unterstützung mit Spezialwissen seitens des Spezialversicherers sowie auch des von Anfang an eingeschalteten Bausachverständigen. Dabei kann sich der Auftragnehmer, ggf. unter Einschaltung anwaltlicher Hilfe gegen (unberechtigte) Mängelrügen des Auftraggebers fundiert verteidigen, dabei anfallende Gerichts- und sonstige Rechtsverfolgungskosten sind ebenfalls versichert. Im eingetretenen Leistungsfall reduzieren sich die Vorfinanzierungskosten des Auftragnehmers und v.a. des Bauträgers durch eine vom Versicherer abgegebene Kostenübernahmeerklärung bzw. auch der dort eingeräumten Mög-

⁵²³ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 245.

lichkeit der Direktabrechnung mit Ersatzunternehmen (dort allerdings unter der nachfolgenden Problematik der Erstattung lediglich auf Selbstkostenbasis).

d) Frühzeitige Mängelerkennung und langfristige Qualitätssicherung durch gutachterliche Baubegleitung

Bezüglich der Vorteile der Qualitätskontrolle wird auf das oben zur Baufertigstellungsversicherung Gesagte verwiesen, insbesondere „dürfte sich die baubegleitende Begutachtung gerade bei Bauunternehmen, die mehrfach derartige Versicherungen abschließen, positiv auf die Qualität auswirken“⁵²⁴.

e) (Sicherlich) positives Marketinginstrument und Wettbewerbsvorteil

Noch wesentlich stärker als die Baufertigstellungsversicherung dürfte für den Auftragnehmer die Baugewährleistungsver sicherung v.a. wegen ihrer weiteren Funktion der Mängelhaftungsabsicherung ein positives Marketinginstrument verbunden mit einem gewissen Wettbewerbsvorteil sein. Der Auftraggeber erhält die Gewissheit, dass hinter dem primär haftenden Auftragnehmer sozusagen eine Versicherung steht, die dem Grunde nach für die in der Baupraxis regelmäßig vorkommenden Mängelbeseitigungskosten, aber auch bei der Minderung Eintrittspflichtig ist, dies nicht nur im Insolvenzfall, sondern prinzipiell während des gesamten Verjährungszeitraums. Gerade dieses Argument einer – bewusst überspitzt formulierten - „Versicherung des Pfusches am Bau“ dürfte den Auftraggeber überzeugen, eine dadurch eintretende Verteuerung des Bauvorhabens in Abwägung zu den Vorteilen einer versicherungsrechtlich umfangreichen Absicherung des Nacherfüllungs- und Minderungsrisikos in Kauf zu nehmen und sich deshalb gerade für den Versicherungsnehmer als Anbieter der Bauleistungen zu entscheiden. Ein weiteres Werbeargument für den Bauunternehmer „kann“⁵²⁵ auch die mit der Baugewährleistungsver sicherung ebenso verbundene Qualitätskontrolle sein.

f) (Eventuell) keine Notwendigkeit weiterer Sicherheitsstellungen, insbesondere einer Gewährleistungsbürgschaft

⁵²⁴ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 246.

⁵²⁵ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 427.

Ebenso „kann“⁵²⁶ die Baugewährleistungsversicherung „gleichzeitig auch andere Sicherungen entbehrlich machen“, namentlich die Gewährleistungsbürgschaft, sofern sich die Bauvertragsparteien über die Zielsetzung ihrer gewünschten Absicherung, nämlich Sicherung (lediglich) des Nacherfüllungs- und Minderungsrisikos verbunden mit dem Insolvenzrisiko des Auftragnehmers einig sind.

2. Vorteile der Baugewährleistungsversicherung aus Sicht des Auftraggebers

Aus Sicht des Auftraggebers korrespondieren im Wesentlichen die e.g. Vorteile aus Auftragnehmersicht (natürlich abgesehen von der ausschließlich für den Auftragnehmer bestehenden Rechtsschutzfunktion der Baugewährleistungsversicherung):

a) Umfangreiche Absicherung der Nacherfüllungs- und Minderungsrechte des Auftraggebers

Zwar ist im Mängelhaftungsfall weiterhin der Auftragnehmer selbst ausschließlicher Schuldner der Mängelbeseitigungsmaßnahmen bzw. des Minderungsrechts (zumal dem Auftraggeber in diesem Fall kein Direktanspruch gegen den Versicherer eingeräumt wird), doch erhält der Auftraggeber im Ergebnis eine äußerst umfangreiche Absicherung seiner Nacherfüllungs- und Minderungsrechte während des Verjährungszeitraums und sogar im Insolvenzfall des Auftragnehmers. Prinzipiell weiß der Auftraggeber aus dem Zertifikat, dass hinter dem Auftragnehmer sozusagen dessen Baugewährleistungsversicherer steht, weshalb der Auftraggeber bei (jedenfalls offensichtlich begründeten) Mängelansprüchen dem Grunde nach mit einer relativ komplikationslosen Mängelbeseitigung, sei es durch tatsächliche Durchführung der Mängelbeseitigungsmaßnahmen, sei es durch Auszahlung des entsprechenden Minderungsbetrages, rechnen kann (sieht man von den versicherungsrechtlichen Einschränkungen gerade im Tatbestandsausschluss in Ziff. 7 VB BGV (2008) ab, s.u.).

b) (Größtenteils) effektive Insolvenzsicherung der Nacherfüllungs- und Minderungsrechte durch verbrieften Direktanspruch des Auftraggebers

Wie prinzipiell bei der Baufertigstellungsversicherung erhält der Auftraggeber auch bei der Baugewährleistungsversicherung eine recht effektive Insolvenzsicherung durch seinen im

⁵²⁶ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 427.

Zertifikat eingeräumten Direktanspruch gegen den Versicherer im Insolvenzfall des Auftragnehmers. Allerdings ist dieser Insolvenzversicherungsanspruch bei der Baugewährleistungsver-sicherung nicht derart vollumfänglich wie bei der Baufertigstellungsversicherung, zumal - aus der Natur der Sache heraus – durch die Baugewährleistungsver-sicherung lediglich die Nacherfüllungs- und Minderungsrechte versichert sind und im Insolvenzfall nach Ziff. 10.4 VB BGV (2008) eine faktische Selbstbeteiligung des Auftraggebers i.H.v. 500,00 Euro besteht.

c) Im Insolvenzfall Reduzierung von Vorfinanzierungskosten durch (verbraucherfreundliche) Kostenübernahmeerklärung des Versicherers bzw. Direktabrechnung mit Ersatzunternehmer

Bezüglich dieser in Ziff. 10.5 VB BGV (2008) auch vorgesehenen Möglichkeit der – v.a. für private Auftraggeber verbraucherfreundlichen - Kostenübernahmeerklärung bzw. der Direktabrechnungsmöglichkeit mit Ersatzunternehmern wird inhaltlich auf das oben zur Baufertigstellungsversicherung Gesagte verwiesen.

d) Frühzeitige Mängelerkennung und langfristige Qualitätssicherung durch gutachterliche Baubegleitung

Auch hier gilt das oben Gesagte, wobei gerade im Hinblick auf die – durch die Baugewährleistungsver-sicherung für den gesamten Verjährungszeitraum versicherte - Mängelhaftung davon auszugehen ist, dass gerade der Versicherer bzw. die Sachverständigen ein besonderes Augenmerk auf eine v.a. langfristige Qualitätssicherung der Baumaßnahmen durch den Auftragnehmer (dies bereits aus ureigenem Haftungsinteresse des Versicherers) und damit auch zugunsten des Auftraggebers haben werden.

II. Nachteile der Baugewährleistungsver-sicherung

Allerdings stehen diesen gerne als „Sorglospaket“ beworbenen Vorteilen der Baugewährleistungsver-sicherung einige nicht unerhebliche, bei der Abwägung des für den Einzelfall geeigneten Sicherungsmittels einzubeziehende Nachteile gegenüber:

1. Nachteile der Baugewährleistungsver-sicherung aus Sicht des Auftragnehmers

a) Kostenmäßige Mehrbelastung des Auftragnehmers durch einmaligen Versicherungsbeitrag, Sachverständigenkosten und ggf. Selbstbehalt

Wie bereits bei der Baufertigstellungsversicherung ausgeführt, wird der Auftragnehmer nicht nur durch den einmaligen Versicherungsbeitrag und die von ihm zu tragenden Sachverständigenkosten mehr belastet, sondern er hat auch im Versicherungsfall zusätzlich einen Selbstbehalt von mindestens 2.500,00 Euro bzw. 10% der zu leistenden Entschädigung selbst zu tragen. Meier spricht nicht zu unrecht von einem „erheblichen Selbstbehalt“⁵²⁷, insbesondere wenn man sich nochmals potentielle Versicherungsfälle in einer Größenordnung von Entschädigungsleistungen über 25.000,00 Euro vor Augen hält mit der Folge des prozentualen Ansteigens auch des 10%igen Selbsthalts des Auftragnehmers, dies ohne jegliche Deckelung. Eine denkbare Möglichkeit, diese kostenmäßige Mehrbelastung zu reduzieren, wäre, bei Abschluss der Baugewährleistungsver sicherung auf den Abschluss einer weiteren Kosten verursachenden Baufertigstellungsversicherung als ledigliches „Anhängsel“ (mit einer ca. 0,9% aus der Bausumme betragende Einmalprämie) zu verzichten.

b) Kein vollumfänglicher Versicherungsschutz für die gesamte Mängelhaftung des Auftragnehmers

Insgesamt betrachtet, ist es für den Auftragnehmer natürlich nachteilig, dass er keinen vollumfänglichen Versicherungsschutz für seine gesamte Mängelintrittspflicht hat, insbesondere bezüglich Schadensersatzansprüche, Ersatzvornahme, Verzögerungsschäden etc.. Im Gegensatz zum weiten haftungsrechtlichen Umfang der Eintrittspflicht des Auftragnehmers ist letztendlich der Versicherungsfall der Baugewährleistungsver sicherung deckungsrechtlich „relativ eng“⁵²⁸ bestimmt. Da auch nicht das Rücktrittrecht und die ggf. hieraus resultierende Vertragsrücktrittskosten versichert sind (Ziff. 7.8 VB BGV (2008)), werden von der Baugewährleistungsver sicherung gerade nicht die (insbesondere für einen Bauträger) ruinösen Fälle umfasst, wenn Wohnungseigentümer mangelhafte Wohnungen zurückgeben und dabei den „Großen Schadensersatz“ (s.o.) verlangen. Sicherlich könnte der Versicherer gegen eine über die gegenwärtige hinausgehende Eintrittspflicht einwenden, dass insbesondere Schadensersatzansprüche und deren Risiken kaum mit einer einigermaßen adäquaten Prämie kalkulierbar bzw. versicherbar seien, doch bleibt es aus isolierter Sicht des Auftrag-

⁵²⁷ Meier, Bauversicherungsrecht, S. 206.

nehmers dabei, dass er keine vollständige Sicherung seiner haftungsrechtlichen Risiken durch die Baugewährleistungsversicherung erhält, im Gegensatz dazu (s.o.) beispielsweise im französischen Recht eine solche umfassende Schadensversicherung auch versicherungstechnisch (sogar) in Form einer gesetzlichen Pflichtversicherung umgesetzt wurde.

c) Eingeschränkter Versicherungsschutz auf „erstmals“ nach Abnahme auftretende Mängel

Weiterhin wirkt einschränkend, dass nach Ziff. 1.2 S. 1 VB BGV (2008) lediglich solche Mängel an der Bauleistung versichert sind, die „erstmals“ nach Abnahme der Bauleistung auftreten, bzw. damit korrespondierend nach Ziff. 7.4 VB BGV (2008) auch Ansprüche wegen solcher Mängel ausgeschlossen sind, die u.a. „vom Versicherungsnehmer nicht oder nicht ordnungsgemäß beseitigt wurden“. Hier kann in der Praxis durchaus ein Streit zunächst zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer bzw. Bausachverständigen darüber entstehen, ob ein in der Mängelhaftungsphase auftretender baulicher Mangel „erstmals“ bautechnisch aufgetreten ist oder - vergleichbar mit Allmählichkeitsschäden - seine Schadensanlage schon vor der Abnahme bestand und sich sozusagen fließend als nicht erstmaliger Sachmangel innerhalb der Verjährungsfrist fortsetzt. Dabei handelt es sich v.a. um ein technisches Beweissicherungsproblem, da sich oftmals der genaue Zeitpunkt nicht mehr feststellen lässt: Im Insolvenzfall setzt sich dann dieser Streit im Verhältnis des direktanspruchsberechtigten Auftraggebers zum Versicherer fort, insbesondere wenn der in Insolvenz geratene Auftragnehmer gerade im Strudel der Insolvenz nicht bzw. nicht ordnungsgemäß im gebotenen Umfang die vor der Abnahme vom Bausachverständigen festgestellten Mängel beseitigt hat.

d) Eingeschränkter Versicherungsschutz bei Bauträgern

Wie bei der Baufertigstellungsversicherung ist der Versicherungsschutz für Bauträger eingeschränkt, insbesondere weil nach Ziff. 1.2.3 VB BGV (2008) der Versicherungsschutz für Bauvorhaben und Wohneinheiten dann entfällt, wenn deren Abnahme im Sinne der Ziff. 1.2.2 VB BGV (2008) später als 12 Monate nach Fertigstellung erfolgt. In diesem Fall er-

⁵²⁸ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 245.

folgt „keine vollständige Absicherung des Risikos“⁵²⁹, dies letztendlich zum Nachteil v.a. von Bauträgern bzw. Generalübernehmern.

e) Eingeschränkter Versicherungsschutz bei Beauftragung von Subunternehmern

Weiterhin besteht bezüglich der in der Baugewährleistungsversicherung grundsätzlich mitversicherten Mängeln aus der Sphäre von Subunternehmer bzw. dessen Erfüllungsgehilfen ebenso wenig ein vollständiger Mängelhaftungsschutz für den Hauptunternehmer: Würde er v.a. im Nacherfüllungsfall die notwendigen Mängelbeseitigungsarbeiten durch Dritte (also nicht durch die Subunternehmer) durchführen lassen und deshalb in Vorleistung treten, so würde der Versicherungsnehmer hierzu lediglich eine Entschädigung auf Selbstkostenbasis erhalten und müsste sich ggf. noch seinen 10%igen Selbstbehalt abziehen lassen. Insoweit dürfte ein Hauptunternehmer als Versicherungsnehmer wenig geneigt sein, diesbezüglich die Baugewährleistungsversicherung in Anspruch zu nehmen, sondern wird primär versuchen, den den Baumangel verursachenden Subunternehmer direkt im Rahmen dessen gewährleistungsrechtlicher Eintrittspflicht und zwar in vollem Umfang in Anspruch zu nehmen. Problematisch ist dies aber dann, wenn – was in der Baupraxis nicht selten vorkommt – der Subunternehmer selbst in Insolvenz ist: Dann gelten für den Versicherungsnehmer zunächst im Leistungsbereich die o.g. Einschränkungen in Form der lediglich Selbstkostenerstattung und des Selbstbehaltes, weiterhin dürfte das – ggf. AGB-rechtlich kritisch zu bewertende - Problem hinzukommen, dass sich der Versicherer formal auf seine Leistungsfreiheit mit dem Argument berufen kann, dass die o.g. und nach Ziff. 1.2. S. 3 VB BGV (2008) erforderliche „Synchronisierung bzw. Parallelschaltung“, insbesondere bei Verjährungsfragen und Haftungsfragen im Vertragsverhältnis zwischen Haupt- und Subunternehmer - wie so oft in der Praxis - gerade nicht erfolgt ist, um sich dann aus Sicht des Versicherers mit diesem rein formalen Argument ggf. aus der Eintrittspflicht „stehlen zu können“. Ein solches Verhalten des Versicherers wäre insoweit verständlich, als - neben hohen im Raum stehenden Entschädigungsleistungen, verursacht durch einen Subunternehmer - der Versicherer im Vorfeld gerade nicht die Möglichkeit gehabt hatte, wie beim eigenen Versicherungsnehmer und Hauptunternehmer die jeweilige Bonität sowie auch die technischen Planungen des Bauvorhabens bzw. des Gewerks des Subunterneh-

⁵²⁹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 246.

mers eingehend und ggf. kritisch prüfen zu können. Dies ändert aber aus Sicht des Versicherungsnehmers nichts daran, dass dieser nicht risikolos von einer umfangreichen Mitversicherung von Mängelhaftungsansprüchen aus der Sphäre seiner Subunternehmer und dessen Erfüllungsgehilfen ausgehen kann und darf.

f) Ersatz von Mängelbeseitigungskosten Dritter lediglich auf Selbstkostenbasis

Unabhängig von der Einschaltung von Subunternehmern ist es natürlich für den Auftragnehmer als solchen nachteilig, dass er im Falle der Durchführung von Mängelbeseitigungsarbeiten durch Dritte und der ihm dadurch entstandenen Kosten lediglich einen Ersatz auf Selbstkostenbasis erhalten soll, damit ohne Zuschläge für Wagnis, Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten (wobei es sicherlich rechnerisch nicht einfach werden dürfte, die Kosten Dritter mangels deren Offenbarungspflicht entsprechend zu unterteilen). Insoweit wird der Versicherungsnehmer in diesem Fall über seinen Selbstbehalt hinaus weitere Mehrkosten haben, als wenn er selbst die Mängelbeseitigungsarbeiten durchführen würde (sofern er hierzu in der Lage wäre).

g) (Eventuell) kein Wettbewerbsvorteil wegen Verteuerung des Bauvorhabens sowie (eventuell) negatives Marketinginstrument bzw. hohe Akzeptanzschwelle seitens des Auftragnehmers

Wie bei der Baufertigstellungsversicherung gilt es auch bei der Baugewährleistungsver-sicherung zu berücksichtigen, dass sich prinzipiell das Bauvorhaben verteuert und dem die Baugewährleistungsver-sicherung anbietenden Auftragnehmer möglicherweise dadurch Wettbewerbsnachteile entstehen können (wobei eine mögliche Kostenreduzierung durch einen Verzicht auf den Abschluss der Baufertigstellungsversicherung beigeführt werden kann, s.o.). Ebenfalls negativ könnte es sich in der Werbung um neue Kunden auswirken, wenn der Auftragnehmer im Kundengespräch nicht nur auf das abzusichernde Risiko seiner eigenen Insolvenz hinweisen soll, sondern ebenso – erneut überspitzt formuliert - auf seinen eigenen (versicherten) „Pfusch am Bau“. Gegen die Akzeptanz einer Baugewährleistungsver-sicherung kann der Auftragnehmer auch einwenden, dass er sich gegen sein eigenes bautechnisches Fehlverhalten auch noch mit der Zahlung der Versicherungsbeiträge aus eigener Tasche versichern soll, er sozusagen Zweifel an seinen bautechnischen Fähigkeiten dadurch ausschließen soll, dass er – provozierend formuliert - sich selbst gegen sein fachliches Unvermögen versichern soll (damit sich aber dieser Eindruck nicht beim Kunden und

Auftraggeber verfestigt, ist – als Empfehlung vorweggenommen – dem Auftragnehmer bzw. auch dem Versicherer dringend zu empfehlen, gegenüber dem Auftraggeber die als Voraussetzung für den Abschluss einer Baugewährleistungsversicherung bzw. auch Baufertigstellungsversicherung erforderliche intensive positive Bonitätsprüfung des Auftragnehmers sowie auch die im Vorfeld erforderliche technische Überprüfung, insbesondere im Hinblick auf die Risikobewertung durch den Versicherer zu erwähnen).

2. Nachteile der Baugewährleistungsversicherung aus Sicht des Auftraggebers

Neben diesem auch auf Seiten des Auftraggebers durchaus bestehenden „psychologischen“ Problem, dass sich dessen Vertragspartner gegen seinen eigenen „Pfusch am Bau“ versichern möchte, korrespondieren o.g. Nachteile größtenteils auch auf Seiten des Auftraggebers, wobei sich darüber hinaus weitere Punkte nachteilig zulasten des Auftraggebers auswirken:

a) Korrespondierende Nachteile auch auf Seiten des Auftraggebers

i) Verteuerung des Bauvorhabens

Wie bereits ausgeführt, trägt (jedenfalls teilweise) der Auftraggeber die Kosten der Baugewährleistungsversicherung und oft im Paket auch der Baufertigstellungsversicherung, da sich das Bauprojekt entsprechend verteuern kann (s.o.).

ii) Kein vollumfänglicher Versicherungsschutz für die gesamte Mängelhaftung des Auftragnehmers

Dem Auftraggeber muss klar vor Augen sein bzw. ihm von seinem Berater auch klar gemacht werden, dass eine Bau-„Gewährleistungs“-Versicherung auf keinen Fall die gesamte „Gewährleistung“ des Auftragnehmers umfasst, sondern lediglich einen (v.a. aus Verbraucherschutzgesichtspunkten) recht begrenzten Umfang hieraus, nämlich ausschließlich die Nacherfüllungs- und Minderungsrechte. Strenggenommenen kann haftungsrechtlich eigentlich dem Auftraggeber eine Kostenerstattung durch einen Versicherer an den Auftragnehmer egal sein, da er sämtliche Mängelhaftungsansprüche zivilrechtlich sowieso in vollem Umfang, sofern berechtigt, gegen sein Vertragspartner durchsetzen kann (wobei dies eingeschränkt im Insolvenzfall gilt, wenn der Auftraggeber auf die Anmeldung als - praktisch wertlose - Insolvenzforderungen verwiesen ist). Doch hat auch der Auftraggeber ein

Interesse daran, dass die Bereitschaft des Auftragnehmers zur tatsächlichen Erfüllung nicht nur der (versicherten) Mängelbeseitigungsansprüche, sondern sämtlicher (derzeit nicht versicherter) Mängelhaftungsverpflichtungen durch die Eintrittspflicht einer Versicherung erhöht wird, was bei der gegenwärtigen Baugewährleistungsver sicherung bezüglich der nicht versicherten Schadensersatzansprüche sicherlich nicht unbedingt der Fall sein wird. Gegenteiliges beweist die französische Schadensversicherung zugunsten des Auftraggebers, dort kann sich der Auftraggeber auf einen versicherungsrechtlich umfangreichen Schutz in Bezug auf Schadensersatzansprüche verlassen, was negativ bei der deutschen Baugewährleistungsver sicherung gerade nicht der Fall ist. Insoweit kann bei der Baugewährleistungsver sicherung nicht von einer vollumfänglichen Zweckdienlichkeit der Sicherung sämtlicher Mängelansprüche des Auftraggebers gesprochen werden, sondern lediglich von einer größtenteils erfolgenden Sicherung ausschließlich seiner Nacherfüllungs- und Minderungsrechte; bezüglich der dann aber versicherten Ansprüche besteht ein umfangreicher Insolvenzschutz im Rahmen des auch in der Baugewährleistungsver sicherung eingeräumten Direktanspruchs des Auftraggebers gegen den Versicherer.

iii) Eingeschränkter Versicherungsschutz auf „erstmals“ nach Abnahme auftretende Mängel

Der eingeschränkte Versicherungsschutz auf „erstmals“ nach Abnahme auftretende Mängel bzw. auf die nicht bzw. nicht ordnungsgemäße Mängelbeseitigung (s.o.) kann sich im Haftungsfall insoweit negativ zulasten des Auftraggebers auswirken, als dass möglicherweise der Auftragnehmer erst einmal die Mängelrüge des Auftraggebers zurückweisen wird, um zunächst intern diese Frage mit dem Versicherer bzw. Bausachverständigen zu klären, bzw. der Auftragnehmer bei dortiger Verneinung der Eintrittspflicht des Versicherers weiterhin versuchen wird, seine Eintrittspflicht haftungsrechtlich unbegründet zurückzuweisen. Noch gravierender zulasten des Auftraggebers wirkt sich im Insolvenzfall die v.a. bautechnisch schwer zu klärende Frage des genauen Zeitpunktes des Auftretens des Mangels aus (s.o.), dann dürfte sich diese Diskussion in die Rechtsbeziehung zwischen Versicherer und Auftraggeber im Rahmen des Direktanspruchs verlagern.

iv) Eingeschränkter (Insolvenz-)Versicherungsschutz bei Bauträgern bzw. Beauftragung von Subunternehmern

Ebenfalls negativ wirkt sich auch auf Seiten des Auftraggebers aus, dass lediglich ein eingeschränkter Versicherungsschutz bei Bauträgern und insbesondere beim Erwerb von Wohneigentum bestehen soll, wenn die Abnahme v.a. aufgrund von nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen später als 12 Monate nach Fertigstellung erfolgt. Dann geht möglicherweise dem Auftraggeber sein einziges Sicherungsmittel der Absicherung bestimmter Mängelrechte verloren, ohne dafür verantwortlich zu sein. Gleichzeitig wird der Auftragnehmer sowohl in diesem Fall als auch im Falle eines Rücktritts bzw. Schadensersatzes im Zusammenhang mit dem Erwerb von Wohnungseigentum nicht in dem Umfang zur vollständigen gewährleistungsrechtlichen Erfüllung bereit sein, als wenn ein entsprechender Versicherungsschutz bestünde. Bei der Beauftragung von Subunternehmern durch den Auftragnehmer besteht aus Sicht des Auftraggebers der bereits erläuterte Nachteil, dass der Auftraggeber es nicht in der Hand hat, welche vertraglichen Beziehungen der Hauptunternehmer bzw. Generalübernehmer an seinen Subunternehmer „durchstellt“, insoweit der Auftraggeber überhaupt nicht weiß bzw. wissen kann, ob sein (oft einziges) Sicherungsmittel in Form der Baugewährleistungsversicherung überhaupt auch das Mängelrisiko auf Seiten des Subunternehmers, gerade im Insolvenzfall des Hauptunternehmers bzw. Generalübernehmers umfasst; insoweit wird der Versicherer versuchen können, sich seiner Eintrittspflicht mit dem relativ einfachen darzulegenden Umstand einer (angeblich) nicht ordnungsgemäß erfolgten „Synchronisierung bzw. Parallelschaltung“ der Verjährungs- und Haftungsregelungen seiner Eintrittspflicht zu entziehen (s.o.).

b) (Eventuell) keine Mängelbeseitigungsbereitschaft des Auftragnehmers bei Mängeln unterhalb dessen Selbstbehalts bzw. wegen - lediglich auf Selbstkostenbasis erfolgender - Erstattung von Mängelbeseitigungskosten Dritter

Wie bereits angedeutet, sind v.a. nachfolgende zwei Konstellationen denkbar, in denen der Auftragnehmer weniger geneigt sein dürfte, tatsächlich in die Mängelbeseitigung bzw. Minderung einzutreten, nachdem er auf deckungsrechtlicher Ebene hierzu keine bzw. nicht vollständige Erstattung seitens des Versicherers erhält: Zum einen trifft den Versicherungsnehmer den bereits mehrfach erwähnten Selbstbehalt i.H.v. mindestens 2.500,00 Euro (bzw. 10% der Entschädigungsleistung). Demnach wird der Auftragnehmer v.a. bei relativ unerheblichen Mängeln, d.h. wertmäßig unter 2.500,00 Euro Beseitigungskosten, möglicherweise gegenüber dem Auftraggeber versuchen, dessen Mängelrügen, selbst wenn berechtigt, gleichermaßen zurückweisen zu wollen, wie er es möglicherweise auch bei (nicht

versicherten) Mängelrechten wie Schadensersatzansprüchen, Ersatzvornahmekosten etc. macht, was die Baupraxis nicht selten zeigt. Zum anderen dürfte die Mängelbeseitigungsbereitschaft des Auftragnehmers dann sinken, wenn er weiß, dass er – beispielsweise aufgrund besonderer technischer Erfordernisse, weil er selbst nicht dazu technisch in der Lage ist – Dritte beauftragen muss, um einen Mangel zu beseitigen, dann erhält er vom Versicherer hierfür ebenso nur eine Mängelbeseitigungskostenerstattung (lediglich) in Höhe der Selbstkosten (wie auch immer diese zu berechnen sind), nicht aber für den darüber hinaus von einem spezialisierten Dritten, der nicht Subunternehmer ist, geltend gemachten Zuschlag für Wagnis, Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten, welche vom Versicherungsschutz ausdrücklich nach Ziff. 6.1.2 VB BGV (2008) ausgenommen sind. Dies wirkt sich natürlich äußerst nachteilig für den Auftraggeber aus, der sich dadurch wieder in der altbekannten Konfliktsituation befindet, dass er bzw. (im Fall der nichteintretenden Baugewährleistungsver sicherung) der Auftragnehmer keine vollständige Absicherung der auf haftungsrechtlicher Ebene zustehenden Mängelrechte vorfindet.

c) (Eventuell) auch im Insolvenzfall - lediglich auf Selbstkostenbasis erfolgende – Erstattung von Mängelbeseitigungskosten Dritter

Noch gravierender wirkt sich – die rechtlich unklare – Entschädigungsregelung im Insolvenzfall des Auftragnehmers zulasten des Auftraggebers wie folgt aus: Zwar meint Fischer (allerdings ohne nähere Begründung (s.o.)), dass die grundsätzliche Entschädigungspflicht auf Selbstkostenbasis „nicht für den Direktanspruch im Insolvenzfall gelte“⁵³⁰, doch ist mit Voit von einer – auch in den neuen VB BGV (2008) – „nicht eindeutig beantworteten Frage“⁵³¹ auszugehen, ob sich die Entschädigung im Insolvenzfall lediglich nach den Selbstkosten des Unternehmers richtet. Diese unklare Regelung wirkt sich bei einer nicht von der Hand zu weisenden Begrenzung auf die Selbstkosten äußerst negativ zulasten des Auftraggebers aus, da seine Insolvenzversicherung in diesem Fall durch seine Kostentragungspflicht der Kosten für Wagnis, Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten des drittbeauftragten Unternehmens erheblich gemindert ist (was im Gegensatz dazu bei der Baufertigstellungsver sicherung im Hinblick auf die dort vollumfänglich versicherten Baufertigstellungs- bzw. Mängelbeseitigungskosten nicht der Fall ist).

⁵³⁰ Fischer, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 199.

⁵³¹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 245.

d) Kein Direktanspruch bei Mängeln bis 500,00 Euro und dessen rechtsunsicheres Verhältnis zum Selbstbehalt des Versicherungsnehmers

Unvorteilhaft wirkt sich ebenfalls zulasten des Auftraggebers aus, dass nach Ziff. 10.4 VB BGV (2008) dessen versicherungsrechtlicher Direktanspruch bei Mängeln bis zu 500,00 Euro ausgeschlossen ist, er diesbezüglich auf die Anmeldung zur Insolvenztabelle verwiesen wird (s.o.). Zwar ist die Intention des Versicherers erkennbar, dadurch den Auftraggeber von der Geltendmachung wirtschaftlich sicherlich unerheblicher Mängel abhalten zu wollen, doch darf dann auf der anderen Seite nicht mit einem „Rundumschutz“ im Insolvenzfall geworben werden. Wie bereits ausgeführt, ist weiterhin im Insolvenzfall das Verhältnis des prinzipiell vom Versicherungsnehmer zu tragenden Selbsthalts (i.H.v. mindestens 2.500,00 Euro bzw. 10% der Entschädigungsleistung) zum e.g. Mindestmängelbetrag von 500,00 Euro „nicht ganz unzweifelhaft“⁵³², zumal der Versicherer in den neu überarbeiteten VB BGV (2008) diese Frage immer noch nicht klar und deutlich, aus hiesiger Sicht weiterhin intransparent geregelt hat. Insoweit besteht aus rechtsdogmatischer Sicht nach dem Prinzip der Abbildung des Deckungsverhältnisses im Vollzugsverhältnis weiterhin das Risiko zulasten des Auftraggebers, dass im Insolvenzfall seinem Direktanspruch der im Deckungsverhältnis bestehende Selbstbehalt seitens des Versicherers entgegengehalten werden kann. Auch dies führt nicht unbedingt zu einem „Sorglospaket“ der Insolvenzabsicherung zugunsten des Auftraggebers und v.a. privaten Bauherrn.

e) Risiko des versicherungsrechtlichen Verlusts des (regelmäßig) einzigen Sicherungsmittels des Auftraggebers unabhängig vom bzw. im Insolvenzfall des Auftragnehmers

Neben den im Zusammenhang mit der Baufertigstellungsversicherung erläuterten, auch für die Baugewährleistungsver sicherung geltenden Risiken, dass der Auftraggeber sein (oft einziges) Sicherungsmittel durch ein von ihm nicht zu beeinflussendes Fehlverhalten des Auftragnehmers bzw. bei einem möglichen Übergang dessen Unternehmens auf Dritte verlieren kann, sowie der Problematik des nicht eindeutig geklärten Umfangs des Einwendungsverzichts des Versicherers auf § 334 BGB (s.o.) ist die Folge des Verlust des Baugewährleistungsver sicherungsschutzes für den Auftraggeber noch gravierender, da er in diesem Fall nicht nur (wie bei der Baufertigstellungsversicherung) seine Insolvenzversicherung,

sondern darüber hinaus auch seine Mängelhaftungssicherung verliert. Insoweit dienen die umfangreichen und aus hiesiger Sicht z.T. zu weit gehenden Beendigungsmöglichkeiten des Versicherers im Hinblick auf den Versicherungsvertrag wohl kaum der beabsichtigten „sorglosen“ Sicherung der Insolvenz- und Mängelrisiken auf Seiten des Auftraggebers.

f) Keine Waffengleichheit im Versicherungsfall aufgrund geballten Spezialwissens einschließlich Rechtsschutz auf Auftragnehmerseite

Nicht von der Hand zu weisen ist der – sich natürlich für den Auftragnehmer positiv – auswirkende Umstand, dass im Versicherungsfall dem (privaten) Auftraggeber geballtes Spezialwissen einschließlich Rechtsschutz zugunsten des Auftragnehmers regelrecht gegenüber steht, so dass zwangsläufig „keine Waffengleichheit“ zwischen den Vertragspartnern besteht, zumal der Auftraggeber auch kein eigenes Auskunftsrecht gegenüber dem Bausachverständigen, insbesondere mangels Herausgabeanspruchs bezüglich der Begutachtungsunterlagen hat. Demnach wird sich ein versicherter Auftragnehmer aufgrund des gewährten Rechtsschutzes eher auf einen Rechtsstreit einlassen als ein (v.a. privater) Auftraggeber, der im Übrigen dieses baurechtliche Risiko nicht im Rahmen einer Rechtsschutzversicherung absichern kann. Natürlich bleibt es dem Auftraggeber unbenommen, sich ebenfalls der Hilfe von Spezialisten in Form von Rechtsanwälten, weiteren unabhängigen Bausachverständigen etc. zu bedienen, doch hat er diese Kosten - im Gegensatz zum Versicherungsnehmer – erst einmal selbst vorzuschießen bzw. bei Unterliegen selbst zu tragen. Auf der anderen Seite muss aber (relativierend) darauf hingewiesen werden, dass im Falle berechtigter Nacherfüllungs- und Minderungsrechte des Auftraggebers der Spezialversicherer, ggf. unter Zuhilfenahme des Bausachverständigen zwecks Vermeidung einer rechtlichen Auseinandersetzung dahingehend auf den Auftragnehmer einwirken wird, unter Vermeidung weiterer Kosten den Versicherungsfall anzuerkennen und zu regulieren. Allerdings muss dem beratenen Auftraggeber klar sein, dass er – in Abwägung zur Gewährleistungsbürgschaft – bei Wahl der Absicherung durch eine Baugewährleistungsver-sicherung gleichzeitig seinem Vertragspartner einen für diesen dann kostenfreien Rechtsschutz einräumt, dieser wiederum durch die Verteuerung des Bauvorhabens und damit - im Rahmen dieser Überlegung paradoxerweise – durch den „Gegner“ (!) der rechtlichen Auseinandersetzung, d.h. durch den (privaten) Auftraggeber selbst finanziert wurde.

⁵³² Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 245.

III. Gesamtbewertung der Praktikabilität der Baugewährleistungsversicherung

Zusammengefasst dient die Baugewährleistungsversicherung umfangreich ihren beiden Hauptzwecken der Sicherung von Nacherfüllungs- und Minderungsrechten des Auftraggebers sowie deren Insolvenzversicherung, kann deshalb aus hiesiger Sicht als generell praktikables Sicherungsinstrument für alle am Bau Beteiligten bewertet werden: Aus Sicht des Auftragnehmers deckt sie - so auch die Ansicht von Wolff - „das unternehmerische Risiko von „Mängelansprüchen“ und macht gleichzeitig auch andere Sicherungen entbehrlich“⁵³³, wobei insoweit differenzierend darauf hinzuweisen ist, dass die über die versicherten hinausgehenden Mängelrechte des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer, insbesondere in Form von Schadensersatzansprüchen bzw. Rücktritt etc., nicht versichert sind. Aus Sicht des Auftraggebers bietet – so auch die Ansicht von Voit – „die Baugewährleistungsversicherung angesichts der recht hohen Deckungssumme einen weitgehend vollständigen Schutz“⁵³⁴, was sicherlich im Hinblick auf Nacherfüllungs- und Minderungsrechte im Verjährungszeitraum größtenteils bejaht werden kann. Hingegen bietet im Insolvenzfall die Baugewährleistungsversicherung nicht den erhofften „vollständigen“ Schutz zugunsten des (v.a. privaten) Auftraggebers, denkt man nur an den eingeschränkten Versicherungsschutz bei Bauvorhaben mit Bauträgern bzw. Subunternehmern, an die rechtsunsichere Frage der Erstattung von Mängelbeseitigungskosten (wohl) lediglich auf Selbstkostenbasis verbunden mit dem Ausschluss des Direktanspruches bei Mängeln unterhalb von 500,00 Euro und dessen Verhältnis zum Selbstbehalt des Versicherungsnehmers im Insolvenzfall. Auch wirkt sich das nicht von der Hand zu weisende Risiko des versicherungsrechtlichen Verlustes des regelmäßig einzigen Sicherungsmittels des Auftraggebers unabhängig vom bzw. im Insolvenzfall des Auftragnehmers nachteilig bzw. verbesserungswürdig aus. Trotz dieser (im Wesentlichen rechtsdogmatischen) Bedenken ist im Ergebnis die Baugewährleistungsversicherung aus o.g. Praktikabilitätsgesichtspunkten sowohl dem Auftragnehmer als auch dem Auftraggeber größtenteils zu empfehlen (sofern beide Bauvertragsparteien auch hier zur Übernahme der nicht geringen Kosten der Baugewährleistungsversicherung und regelmäßig ergänzend abgeschlossenen Baufertigstellungsversicherung mit der Folge einer Verteuerung des Bauvorhabens bereit sind), wobei in der praktischen Handhabung beider Versicherungsarten nach einem Vergleich mit den entsprechenden Bürgschaften einige sys-

⁵³³ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 427.

⁵³⁴ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 246.

temmodifizierende Empfehlungen beachtet werden und v.a. seitens des Versicherers entsprechende Modifikationen bezüglich einer noch effektiveren Praktikabilität beider Versicherungsarten erfolgen sollten:

3. Abschnitt: Systemkonkurrierende Praktikabilität der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsver-sicherung im Vergleich zur Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft

Die systemkonkurrierende Praktikabilität befasst sich mit dem Vergleich der Vor- und Nachteile der jeweiligen Sicherungssysteme und ihrer daraus resultierenden Gesamtbewertung:

A. Vergleich: Baufertigstellungsversicherung – Vertragserfüllungsbürgschaft

Die Vertragserfüllungsbürgschaft bietet im Gegensatz zur Baufertigstellungsversicherung erhebliche, v.a. umfangreichere Sicherungsvorteile, denen aber auch einige positive Aspekte der Baufertigstellungsversicherung, ggf. jeweils ergänzend gegenüberstehen:

I. Vorteile der Vertragserfüllungsbürgschaft im Vergleich zur Baufertigstellungsversicherung

1. Wesentlich weiterer Sicherungsumfang der Vertragserfüllungsbürgschaft unabhängig von der Insolvenz des Auftragnehmers

a) (Wesentlich weiterer) Sicherungsumfang der Vertragserfüllungsbürgschaft

Der Sicherungsumfang der Vertragserfüllungsbürgschaft ergibt sich zunächst einmal aus dem Bürgschaftsvertrag, sichert also die darin bezeichneten Ansprüche des Auftraggebers als Gläubiger gegen den Auftragnehmer als Hauptschuldner im Rahmen dessen Mängelhaftung. Allerdings fehlt es in der Praxis häufig an einer genauen und exakten Bezeichnung der zu sichernden Ansprüche, so dass dann in einem zweiten Schritt der Sicherungszweck der Vertragserfüllungsbürgschaft im Wege der Auslegung des Bürgschaftsvertrages, ggf. unter Zuhilfenahme der Sicherungsabrede zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu ermitteln ist. Erst wenn dies nicht der Fall ist bzw. der Bürgschaftsvertrag zum exakten Sicherungsumfang schweigt, sind durch die Vertragserfüllungsbürgschaft (v.a. nach der Recht-

sprechung) üblicherweise sämtliche bestehenden oder künftigen Ansprüche des Auftraggebers auf vollständige, rechtzeitige und (jedenfalls bis) zum Zeitpunkt der Abnahme mangelfreie Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung durch den Auftragnehmer gesichert⁵³⁵. Damit ist der übliche Sicherungsumfang der Vertragserfüllungsbürgschaft, welcher e.g. Ansprüche nicht nur im Insolvenzfall des Auftragnehmers, sondern auch unabhängig hiervon umfasst, wesentlich weiter als der der Baufertigstellungsversicherung. Insoweit dient das Modell der Vertragserfüllungsbürgschaft einem wesentlich weiteren Sicherungszweck.

b) Sicherung der (Fertigstellungs- bzw. Mängelbeseitigungs-) Mehrkosten auch außerhalb der Insolvenz des Auftragnehmers

Gleichermaßen wie die Baufertigstellungsversicherung sichert die Vertragserfüllungsbürgschaft im Insolvenzfall des Auftragnehmers die entstehenden Fertigstellungsmehrkosten (einschließlich ggf. erforderlicher Mängelbeseitigungsarbeiten)⁵³⁶. Insbesondere sind in diesem Fall dem Auftraggeber – neben möglichen Verzögerungsschäden – auch die Mehrkosten durch die Neubeauftragung eines Ersatzunternehmers, welche er aus §§ 280, 281 bzw. 280, 282 BGB sowie aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B verlangen kann, zu ersetzen⁵³⁷. Darüber hinaus kann der Auftraggeber die Befriedigung dieser Ansprüche wegen nicht rechtzeitiger bzw. nicht vollständiger Fertigstellung auch unabhängig von der Insolvenz des Auftragnehmers aus der Vertragserfüllungsbürgschaft erlangen, ebenso (allerdings nicht unumstritten) die Mängelbeseitigungskosten wegen mangelhafter Leistungen während des Ausführungsstadiums (jedenfalls) bis zur Abnahme⁵³⁸.

2. Erstattung weiterer (in der Baufertigstellungsversicherung ausgeschlossener) Mehrkosten auch außerhalb der Insolvenz des Auftragnehmers

In der Baufertigstellungsversicherung sind v.a. nach Ziff. 7.1 bis 7.3 VB BFV (2008) sämtliche Ansprüche des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer aus Verzug bzw. Ver-

⁵³⁵ Schmidt, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, S. 153; Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 243; Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 380.

⁵³⁶ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 380 Fn. 146 mit Verweis auf BGH NJW 1988, 907.

⁵³⁷ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 380.

⁵³⁸ Ingenstau/Korbion/Joussen, § 17 Nr. 1 VOB/B Rdnr. 17; BGH NJW 1998, 1040 (1041); kritischer: Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 381.

tragsstrafenvereinbarung, auf Schadensersatz bzw. Erstattung zu früher Teilzahlungen (und auch Überzahlungen und Sowiesokosten) ausgeschlossen, obwohl diese Ansprüche auf haftungsrechtlicher Ebene bestehen (s.o.). Demgegenüber werden nachfolgende Ansprüche des Auftraggebers sowohl im Insolvenzfall als auch - wesentlich weitgehender - unabhängig von der Insolvenz des Auftragnehmers erstattet:

a) Sämtliche Ansprüche des Auftraggebers aus Verzug des Auftragnehmers

Im Rahmen der Vertragserfüllungsbürgschaft sind sämtliche Ansprüche auf Ersatz des Verzugschadens aus §§ 280, 286 BGB bzw. §§ 6 Nr. 6, 5 Nr. 4 VOB/B abgesichert (beispielsweise verzögerungsbedingt entgangene Nutzung oder zusätzliche Finanzierungskosten)⁵³⁹.

b) Vertragsstrafen

Auch werden Vertragsstrafen für den Fall der nicht rechtzeitigen Fertigstellung durch die Vertragserfüllungsbürgschaft gesichert⁵⁴⁰.

c) Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung bzw. statt der Leistung

Die Vertragserfüllungsbürgschaft sichert in der Regel auch Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung bzw. statt der Leistung⁵⁴¹.

d) Rückgewähr zu früh geleisteter Voraus- bzw. Abschlagszahlungen bei Nicht-Fertigstellung

Im Gegensatz zur Baufertigstellungsversicherung (dort Ziff. 7.2 bzw. auch 7.3 VB BFV (2008); zu den Überzahlungen s.u.) umfasst die Vertragserfüllungsbürgschaft bei Nichtfertigung des Bauvorhaben (insbesondere) im Insolvenzfall den Anspruch auf Rückgewähr einer vom Auftraggeber (auch zu früh) geleisteter Voraus- bzw. Abschlagszahlung⁵⁴².

⁵³⁹ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 380.

⁵⁴⁰ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 380 Fn. 145 mit Verweis auf BGHZ 153, 311 (318); BGH NJW 1982, 2305; BGH NJW-RR 1990, 811.

⁵⁴¹ Ingenstau/Korbion/Joussen, § 17 Nr. 1 VOB/B Rdnr. 17-18; Schmidt, in: Wirth, Darmstädter Bau-rechtshandbuch Privates Baurecht, S. 152 mit Verweis auf BGH BauR 1988, 220.

⁵⁴² BGH BauR 1988, 220.

e) Mehrkostenerstattung bei Vertragsfortführung im Insolvenz(eröffnungs)verfahren

Wie bereits ausgeführt, sind von der Baufertigstellungsversicherung solche Mehrkosten nicht umfasst, die im Falle der Vertragsfortführung durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter im Insolvenzeröffnungsverfahren bzw. dann im Insolvenzverfahren dem Auftraggeber (möglicherweise als wirtschaftlich nicht realisierbare Insolvenzforderungen) entstehen. Hingegen werden solche Mehrkosten grundsätzlich von der Vertragserfüllungsbürgschaft – in diesem Fall von Voit als „der sicherere Weg“ bezeichnet⁵⁴³ – ersetzt.

3. Einstandspflicht der Vertragserfüllungsbürgschaft (jedenfalls) ohne Erfordernis einer weiteren risikobehafteten insolvenzbedingten Kündigung des Auftraggebers

Im Gegensatz zur Baufertigstellungsversicherung besteht bei der Vertragserfüllungsbürgschaft jedenfalls nicht das Risiko, dass möglicherweise nicht zeitnah die Eintrittspflicht des Sicherungsmittels herbeigeführt werden kann, wenn gerade beim BGB-Bauvertrag eine ordentliche Kündigung seitens des Auftraggebers im Insolvenzfall des Auftragnehmers regelmäßig ausscheidet (s.o.). Insoweit ist die Herbeiführung des prinzipiellen Sicherungseintritts der Vertragserfüllungsbürgschaft aus Sicht des Auftraggebers erleichtert, zumal er nur dem Grunde nach die bestehende Hauptforderung substantiiert darlegen muss (wobei sich das jedoch gleichermaßen bestehende Risiko des Wegfalles der Einstandspflicht der Vertragserfüllungsbürgschaft auf den Erstprozess bzw. den Rückforderungsprozess verlagern dürfte, s.u.).

4. (Äußerst streitige) Einstandspflicht der Vertragserfüllungsbürgschaft bei Leistungserweiterungen und Leistungsänderungen

Bei der Baufertigstellungsversicherung sind im Ergebnis Leistungserweiterungen bzw. Leistungsänderungen, welche nicht ausdrücklich nachträglich in den Leistungsumfang der Versicherung eingeschlossen wurden, nicht versichert. Hingegen wird für die Vertragserfüllungsbürgschaft (und auch die Gewährleistungsbürgschaft) von Teilen der bürgschafts-

⁵⁴³ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 240.

rechtlichen Literatur⁵⁴⁴ eine entsprechende Einstandspflicht der Vertragserfüllungsbürgschaft v.a. mit den Argumenten bejaht, dass eine Inbezugnahme der §§ 1 Nr. 3, Nr. 4 VOB/B bzw. entsprechender vertraglicher Regelungen ein vom Bürgen bewusst übernommenes Leistungsbestimmungsrecht darstelle sowie dass die einseitige Anordnung dogmatisch als einseitiges Leistungsbestimmungsrecht im Sinne von § 315 BGB zu verstehen sei, womit bereits das Vorliegen eines Rechtsgeschäftes des Hauptschuldners begrifflich ausscheide. Folgt man dieser Literaturansicht, so stellt Voit zu Recht fest, dass dann die Baufertigstellungsversicherung „eine weniger flexible und damit starrere Lösung“ darstelle⁵⁴⁵. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass v.a. in der (OLG-)Rechtsprechung⁵⁴⁶ eine Eintrittspflicht der Vertragserfüllungsbürgschaft bei Leistungserweiterungen und -änderungen mit nicht von der Hand zu weisenden Argumenten verneint wird, da im Ergebnis der Bürge vor Fremddispositionen durch nachträgliche Veränderungen geschützt werden müsse, zumal auch bei Auslegung der Bürgenerklärung aus Sicht des Erklärungsempfängers gar nicht angenommen werden könne, dass der Bürge bereit sein soll, jegliche Leistungsänderung zu akzeptieren⁵⁴⁷.

5. Abschluss der Vertragserfüllungsbürgschaft auch einzeln bzw. unabhängig von einer Gewährleistungsbürgschaft möglich

Die Baufertigstellungsversicherung kann bekanntlich nicht einzeln, sondern nur als „Paket“ zusammen mit der Baugewährleistungsver-sicherung abgeschlossen werden; insoweit erweist sich eine – unabhängig von anderen Sicherungsmitteln, insbesondere von der Gewährleistungsbürgschaft abschließbare – Vertragserfüllungsbürgschaft als praktisch handhabbarer, wenn sich die Bauvertragsparteien (aus welchen Gründen auch immer) lediglich auf die Absicherung des Vertragserfüllungsrisikos beschränken wollen.

⁵⁴⁴ May, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 192; Ingenstau/Korbion/Joussen, § 17 Nr. 1 VOB/B Rdnr. 28-29.

⁵⁴⁵ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 241 und 243.

⁵⁴⁶ OLG München BauR 2004, 1316 (1317); OLG Frankfurt IBR 2002, 478.

⁵⁴⁷ OLG München BauR 2004, 1316 (1317); OLG Frankfurt IBR 2002, 478; Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 388-389.

II. Nachteile der Vertragserfüllungsbürgschaft im Vergleich zur Baufertigstellungsversicherung

1. (Ebenfalls) Verteuerung des Bauvorhabens

Wie die Baufertigstellungsversicherung führt auch der Abschluss einer Vertragserfüllungsbürgschaft zu einer Verteuerung der Baukosten insgesamt, da im Avalverhältnis ebenfalls Kosten entstehen. Die Kosten einer Vertragserfüllungsbürgschaft sollen „bei etwa 2% des Auftragsvolumens liegen“⁵⁴⁸. Zwar fallen im Gegensatz zur Baufertigstellungsversicherung keine Sachverständigenkosten im Vorfeld an, was aber nicht heißt, dass die Beauftragung von Sachverständigen und die dann damit verbundenen Kosten gänzlich nicht anfallen können, denkt man an das gesteigerte Prozess(kosten)risiko des Bürgschaftsmodells (s.u.).

2. Wesentlich geringere Mehrkostenübernahme im Insolvenzfall

Die Höhe der Sicherheitsleistung und insbesondere die Höchstsumme der Vertragserfüllungsbürgschaft wird – in AGB-rechtlich unbedenklicher⁵⁴⁹ Anlehnung an § 14 Nr. 2 VOB/A – regelmäßig nur mit 5%, jedoch „höchstens“⁵⁵⁰ mit 10% der Auftragssumme veranschlagt, während bei der Baufertigstellungsversicherung die Mehrkostenerstattung in Höhe der regelmäßig vorgesehenen Deckungssumme mit (bis zu) 20% der Auftragssumme wesentlich höher und umfangreicher ausfällt und damit „in aller Regel“⁵⁵¹ die gesamten Mehrkosten abdeckt. Die wesentlich geringere Mehrkostenerstattung im Insolvenzfall durch die Vertragserfüllungsbürgschaft von regelmäßig nur 5% der Auftragssumme erhöht enorm das Risiko v.a. auf Seiten des privaten Auftraggebers, dass sich dieser mangels vollständigen Ausgleichs der ihm entstandenen Fertigstellungs- bzw. Mängelbeseitigungskosten (bis hin zur Existenzbedrohung) privat überschulden muss.

3. (Ebenso) keine Rückgewähr geleisteter Überzahlungen

Ebenso wenig wie die Baufertigstellungsversicherung sichert die Vertragserfüllungsbürgschaft Ansprüche auf Rückgewähr von Überzahlungen, da es sich um ein Risiko handelt,

⁵⁴⁸ Drucksache des Deutschen Bundestages 16/4803 vom 23.03.2007, 16. Wahlperiode, S. 11.

⁵⁴⁹ Ingenstau/Korbion/Joussen, § 17 Nr. 1 VOB/B Rdnr. 33.

⁵⁵⁰ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 243.

⁵⁵¹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 238.

das mit der Vertragserfüllung nicht im Zusammenhang steht und deshalb (bei Fehlen anderweitiger Anhaltspunkte) von einer Vertragserfüllungsbürgschaft dem Grunde nach nicht erfasst ist⁵⁵².

4. Keine Zweckbindung der Bürgschaftssumme

Im Gegensatz zur Baufertigstellungsversicherung ist die im Rahmen der Vertragserfüllungsbürgschaft geleistete Zahlung nicht zweckgebunden, weswegen v.a. im Insolvenzfall nicht gewährleistet ist, dass v.a. beim Erwerb von Wohnungseigentum die Entschädigungsleistung aus der Bürgschaft zweckorientiert ausschließlich zur Fertigstellung des Bauvorhabens bzw. entsprechenden Mängelbeseitigung verwendet wird (was sich generell auch in der französischen Regulierungspraxis leidvoll gezeigt hat, s.o.).

5. Risiken verzögerter (Bürgschafts-)Auszahlungen wegen des eigenen Prüfungsrechts des Bürgen bzw. dessen Verteidigungsmöglichkeiten im Erstprozess

Die Auszahlung der Bürgschaftssumme kann sich aus Sicht des Auftraggebers und der Gläubiger (unnötigerweise) verzögern, wenn die bürgende Bank den Bürgschaftsanspruch intensiv prüft und sich diese Prüfung zeitlich (zu) lang hinzieht. Weiterhin stellt sich in der Praxis neuerdings bei Bürgschaften auf erstes Anfordern aus Sicht des Gläubigers immer wieder das Problem, dass sich der Bürge bereits im Erstprozess seiner Inanspruchnahme mit (dort noch wenig erfolgversprechenden) Einwendungen verteidigen möchte, insbesondere dass die Inanspruchnahme (angeblich) rechtsmissbräulich sei. Dies soll dann der Fall sein, wenn sich die unberechtigte Inanspruchnahme des Bürgen aus einem unstreitigen Sachverhalt oder aus dem Inhalt von Vertragsurkunden augenscheinlich ergebe: Sind die Einwendungen in dieser Weise offensichtlich beweisbar, würde der Gläubiger durch die Inanspruchnahme des Bürgen seine formale Stellung, die ihm die Bürgschaft auf erstes Anfordern einräumt, missbrauchen⁵⁵³. Allerdings sind im Ergebnis diese Erstprozesse aus Sicht des Bürgen wenig erfolgversprechend⁵⁵⁴. Die aber für den Auftraggeber als Gläubiger negative Folge hieraus ist, dass durch eine wegen des Erstprozesses letztendlich unnötig verzögerte Auszahlung der Bürgschaftssumme der Zweck einer Bürgschaft auf erstes An-

⁵⁵² BGH BauR 1980, 574, Ingenstau/Korbion/Joussen, § 17 Nr. 1 VOB/B, Rdnr. 18.

⁵⁵³ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 395 Fn. 340 mit Verweis auf die ständige BGH-Rechtsprechung.

⁵⁵⁴ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 246.

fordern zu Lasten des (privaten) Auftraggebers torpediert wird, nämlich durch diese Bürgschaft sofort liquide Mittel zu erhalten, wobei dieser Zweck nur erreicht werden kann, wenn alle Streitfragen tatsächlicher und rechtlicher Art, welche die Begründetheit der Hauptforderungen betreffen, in den Rückforderungsprozess (siehe gleich) verwiesen werden würden⁵⁵⁵. In diesem Punkt erweist sich die Baufertigstellungsversicherung in ihrer Konzeption als wesentlich auftraggeber- bzw. verbraucherfreundlicher, da der Auftraggeber nach Eintritt des Versicherungsfalles umgehend eine entsprechende Kostenübernahmeerklärung des Versicherers erhält, ohne sich weder auf einen kostenintensiven Erstprozess gegen den Versicherer einlassen, noch mit einem Rückforderungsprozesses des Versicherers nach Zahlung der Entschädigung rechnen zu müssen.

6. Risiko des Rückforderungsprozesses des Bürgen

Bei einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern ist der Auftraggeber dem Rückforderungsprozessrisiko des Bürgen ausgesetzt, wenn der Bürge, der aufgrund eines formellen Bürgschaftsfalles auf erstes Anfordern gezahlt hat, gerichtlich versucht, vom Gläubiger das Geleistete nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB mit dem Argument zurückzufordern, dass gegen die Bürgenschuld (nachfolgend beschriebene) Einreden und Einwendungen bestehen, die der Bürge v.a. im Erstprozess seiner Inanspruchnahme nicht entgegenhalten konnte bzw. durfte⁵⁵⁶.

7. (Ebenfalls bzw. höheres) Risiko des Verlustes des regelmäßig einzigen Sicherungsmittels des Auftraggebers

Im gleichen, wenn nicht noch höheren Umfang hat der Auftraggeber bei einer (Vertragserfüllungs-)Bürgschaft das Risiko, dass er sein (regelmäßig) einzige Sicherungsmittel durch umfangreiche Verteidigungsmöglichkeiten des Bürgen wieder verlieren kann (plastischer formuliert: „Wie gewonnen, so zerronnen“): Denn der Bürge kann, was dieser in der Praxis regelmäßig auch versucht, seiner Inanspruchnahme sowohl Einwendungen und Einreden aus dem Bürgschaftsvertrag als auch solche aus der Sicherungsabrede sowie (ganz massiv)

⁵⁵⁵ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 246.

⁵⁵⁶ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 396-397.

sämtliche Einwendungen und Einreden hieraus kombiniert⁵⁵⁷, ggf. prozessual wie folgt entgegenhalten:

a) Risiko der Einwendungen und Einreden aus dem Bürgschaftsvertrag

Aus dem Bürgschaftsvertrag kann der Bürge regelmäßig die Einwendungen bzw. Einreden erheben, dass er sich für die Erfüllung der geltend gemachten Verbindlichkeit eines Dritten überhaupt nicht oder nicht im geltend gemachten Umfang verbürgt habe (Einwand bzw. Einrede wegen des Sicherungsumfangs)⁵⁵⁸, dass die Bürgschaftsschuld verjährt sei⁵⁵⁹, dass – mit der bereits genannten (OLG-)Rechtsprechung⁵⁶⁰ – geänderte bzw. zusätzliche Leistungen des Auftragnehmers nicht vom Sicherungsumfang der Bürgschaft umfasst seien etc..

b) Risiko der Einwendungen und Einreden aus der Sicherungsabrede

Noch stärker ist der Auftraggeber dem Risiko der Einwendungen und Einreden aus der Sicherungsabrede ausgesetzt, weil mit solchen Einwendungen der Bürge seine Inanspruchnahme „wesentlich leichter abwehren kann, als wenn er sich auf einen von Sachverständigen dominierten Streit über Tatsachen einlassen müsste“⁵⁶¹. Ist nämlich die Sicherungsabrede insbesondere aus AGB-rechtlichen Gründen unwirksam, ist die Leistung der Bürgschaftssumme zu Unrecht erfolgt mit der Folge, dass der Auftraggeber die Bürgschaftssumme zurückzuzahlen hat⁵⁶². Beispiele für die Unwirksamkeit einer Sicherungsvereinbarung insgesamt (ohne dass die Bürgschaft ohne die unwirksame Sicherungsabrede aufgrund des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion aufrecht erhalten bliebe), sind die Formwidrigkeit der Sicherungsvereinbarung (beispielsweise Nicht-Beurkundung eines Bauvertrages, dessen Abschluss Bedingung für einen Grundstückskaufvertrag ist) und die Vereinbarung einer AGB-rechtlich unzulässigen (s.o.) Bürgschaftshöhe⁵⁶³. Weiterhin werden seitens der Bürgen oft die Einwendung und Einreden der Verjährung der gesicherten

⁵⁵⁷ May, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 187.

⁵⁵⁸ May, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 188-191.

⁵⁵⁹ BGH, (aktuelles) Urt. vom 29.01.2008 – XI ZR 160/07.

⁵⁶⁰ OLG München BauR 2004, S. 1316.

⁵⁶¹ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 250.

⁵⁶² Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 258.

⁵⁶³ May, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 197.

Hauptschuld⁵⁶⁴ und (v.a.) AGB-rechtlich unwirksamer Ausschlüsse (z.B. der Einrede der Aufrechenbarkeit und der Anfechtbarkeit⁵⁶⁵ bzw. der Hauptschuldnerereinreden aus § 768 BGB⁵⁶⁶) erhoben. Zwar empfiehlt May, dass „die aufgeworfenen Probleme im Zusammenhang mit Einwendungen und Einreden des Bürgen Anlass geben sollen, aus Sicht der Auftraggeber die Sicherungsabreden entsprechend „klar“ [!] zu formulieren, um Überraschungen zu vermeiden und nur Bürgschaften zu akzeptieren, die entsprechend unmissverständlich in Übereinstimmung mit der Sicherungsabrede ausgestaltet und formuliert sind“⁵⁶⁷. Doch kann dieser Umstand nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich vertragsrechtlich derzeit aufgrund der sich im Fluss befindlichen Rechtsprechung äußerst schwierig gestalten dürfte, solche „klaren“ Bestimmungen rechtssicher zugunsten des (privaten) Auftraggebers formulieren zu können. Im Gegensatz zu diesen Bürgschaftsrisiken erhält der Auftraggeber durch die Baufertigstellungsversicherung ein (relativ) klares und v.a. einfacher zu handhabendes Sicherungsmittel (s.o.).

8. Rückgriff des Bürgen gegen den Auftragnehmer

Aus Sicht des Auftragnehmers als Hauptschuldner ist natürlich – im Gegensatz zur Nicht-Regressierung bei der Baufertigstellungs- und v.a. Baugewährleistungsversicherung – die Rückgriffsmöglichkeit des Bürgen gegen den Auftragnehmer aus unterschiedlichen Rechtsgründen als äußerst nachteilig zu bewerten: Demnach kann der Bürge Rückgriffsansprüche zum einen aus dem der Bürgschaftserteilung zugrunde liegenden Avalverhältnis zwischen Auftragnehmer und Bürge regelmäßig in Form eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages aus §§ 675, 670 BGB geltend machen, zum anderen erfolgt nach § 774 Abs. 1 BGB ein gesetzlicher Übergang der gesicherten Forderung auf den Gläubiger⁵⁶⁸. Dieser Rückgriffsanspruch ist v.a. außerhalb der Insolvenz des Auftragnehmers von Bedeutung, denkt man beispielsweise an eine Vertragsstrafe oder andere Mehrkostenerstattungen.

9. Keine gutachterliche Baubegleitung

⁵⁶⁴ BGH, (aktuelles) Urt. vom 29.01.2008 – XI ZR 160/07.

⁵⁶⁵ May, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 200-201.

⁵⁶⁶ May, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 201-202.

⁵⁶⁷ May, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 203.

⁵⁶⁸ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 398.

Im Gegensatz zur Baufertigstellungsversicherung, bei der sich - unabhängig vom Eintritt des versicherten Insolvenzfalles - eine ständig stattfindende gutachterliche Baubegleitung äußerst positiv, sozusagen „präventiv“ auf die Bauqualität auswirkt, findet eine solche gutachterliche Baubegleitung aus der Natur der Sache heraus bei der Vertragserfüllungsbürgschaft nicht statt. Dort beschränkt sich die (ggf. in gerichtlichen Auseinandersetzungen erstmalig erfolgende) Einschaltung von Bausachverständigen darauf, lediglich nachträglich bautechnische Mängel feststellen zu lassen (wenn also - bildlich gesprochen – „das Kind schon in den Brunnen gefallen ist“), während dies in der Baufertigstellungsversicherung gerade von Anfang an zu vermeiden versucht wird, da dort das präventive Ziel der Erhöhung der Bauqualität durch eine ständige Kontrolle des Bauvorhabens stringent verfolgt wird.

III. Bewertung

Bei der Bewertung beider Sicherungsinstrumente ist natürlich zunächst darauf hinzuweisen, dass beide im Ergebnis zu einer Verteuerung des Bauvorhabens führen, so dass realistisch betrachtet bei den Baubeteiligten an erster Stelle die Überlegung stehen dürfte, ob die Baukosten um entsprechende Sicherungskosten überhaupt erhöht werden können, oder ob diese Verteuerung gerade bei (in der Baupraxis (viel zu) oft gegebenen) finanziell schwachen privaten Auftraggebern zu vermeiden (da schlichtweg nicht aufbringbar) ist. Ist diese Frage geklärt, muss sich v.a. der Auftraggeber über den von ihm beabsichtigten Sicherungszweck klar werden: Will er eine recht umfangreiche Sicherung seiner (Vertragserfüllungs-)Ansprüche nicht nur im Insolvenzfall seines Vertragspartners, sondern auch in der gesamten Fertigstellungsphase (v.a. bis zur Abnahme), so bietet ihm hierfür nur die Vertragserfüllungsbürgschaft die entsprechende Sicherung (jedenfalls) dem Grunde nach (mit ihren o.g. Einschränkungen). Insoweit bleibt die Baufertigstellungsversicherung in ihrem Sicherungszweck (nämlich beschränkt auf einen reinen Insolvenzschutz) „deutlich hinter der Vertragserfüllungsbürgschaft zurück“⁵⁶⁹. Soll allerdings die Sicherung des Auftraggebers schwerpunktmäßig dem Schutz vor der Insolvenz des Auftragnehmers dienen und gerade die – letztendlich für den (v.a. privaten) Auftraggeber alles entscheidende – Fertigstellung seines Bauvorhabens, ggf. mit entsprechender Mängelbeseitigung gesichert werden, so ist zunächst festzustellen, dass selbst die Vertragserfüllungsbürgschaft „nicht alle dem Auf-

⁵⁶⁹ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 421.

traggeber als Bürgschaftsgläubiger zustehenden Ansprüche im Insolvenzfall sichert⁵⁷⁰, gerade was den wesentlich geringeren Umfang der Mehrkostenerstattung betrifft. Weiterhin ist das Bürgschaftsmodell insgesamt und in diesem Fall die Vertragserfüllungsbürgschaft mit einem wesentlich höheren (gerichtlichen) Konfliktpotential als die Baufertigstellungsversicherung belastet, da sowohl dem Auftraggeber (im Falle eines Erst- bzw. folgenden Rückgriffsprozesses) als auch dem Auftragnehmer (im Falle der Regressierung) mögliche kostenintensive gerichtliche Auseinandersetzungen mit dem Bürgen nach dessen Leistungsfall drohen, insbesondere im Insolvenzfall bei Bürgschaften auf erstes Anfordern in Form eines Rückforderungsprozesse gegen den (privaten) Auftraggeber. Wegen dieses letztgenannten Risikos, insbesondere aufgrund einer drohenden Unwirksamkeit einer Sicherungsabrede und der dann folgenden Unwirksamkeit der Bürgschaft auf erstes Anfordern, geht Schmitz sogar soweit, „tatsächlich dringend davon abzuraten, Bürgschaften auf erste Anforderung als Sicherungsmittel vorzusehen“⁵⁷¹. Im Gegensatz zur Vertragserfüllungsbürgschaft kennt die insoweit vorzugswürdige Baufertigstellungsversicherung dieses Regressierungsrisiko seitens des leistenden Versicherers gegen den die Versicherungsleistung empfangenden Auftraggeber nicht. Als weiterer erheblicher Vorteil der Baufertigstellungsversicherung erhält der Auftraggeber eine wesentlich höhere Mehrkostenerstattung im Insolvenzfall, als dies regelmäßig eine Vertragserfüllungsbürgschaft vorsieht, der Auftraggeber erhält mit dem regelmäßig ausreichenden Leistungsumfang der Baufertigstellungsversicherung einen nahezu „weitgehend vollständigen Schutz“⁵⁷², der das für ihn bestehende Hauptrisiko einer insolvenzbedingt nicht erfolgenden Fertigstellung seines Bauvorhaben einschließlich der Beseitigung bis dahin aufgetretener Mängel umfangreich sichert. Daneben handelt es sich bei der Baufertigstellungsversicherung im Gegensatz zur - mit äußerst hohen (v.a. AGB-rechtlichen) Unwirksamkeitsrisiken belasteten - Bürgschaft um ein einfach zu handhabendes, klar strukturiertes Sicherungsmittel in Form einer Versicherung, die schließlich auch beiden Bauparteien den Vorteil einer „präventiven“ Bauqualitätskontrolle bietet. Insoweit ist das Ergebnis dieser systemexternen Untersuchung der Praktikabilität der Baufertigstellungsversicherung im Vergleich zu Vertragserfüllungsbürgschaft, dass für eine (ausschließlich) bezweckte Sicherung des Auftraggebers vor der Insolvenz des Auftrag-

⁵⁷⁰ Vogel, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 228.

⁵⁷¹ Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 247.

⁵⁷² Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 246.

nehmers das Sicherungsinstrument der Baufertigstellungsversicherung eindeutig vorzugs-würdig ist.

B. Vergleich: Baugewährleistungsver-sicherung – Gewährleistungsbürgschaft

Vergleicht man die Baugewährleistungsver-sicherung mit der Gewährleistungsbürgschaft, so spiegeln sich einige (v.a. systembedingte) Vor- und Nachteile aus dem o.g. Vergleich der Baufertigstellungsversicherung mit der Vertragserfüllungsbürgschaft wieder, allerdings kommen weitere Aspekte aus dem weiteren – neben dem Insolvenzschutz bestehenden - Sicherungszweck der Baugewährleistungsver-sicherung in Form der Sicherung bestimmter Mängelrechte des Auftraggebers auch außerhalb des Insolvenzfalls wie folgt hinzu:

I. Vorteile der Gewährleistungsbürgschaft im Vergleich zur Baugewährlei-tungsver-sicherung

1. Weiterer Sicherungsumfang der Gewährleistungsbürgschaft bezüglich (grundsätzlich) sämtlicher Mängelansprüche

Der Sicherungsumfang der Gewährleistungsbürgschaft ist – wie bei der Vertragserfüllungs-bürgschaft (s.o.) - zunächst aus dem Bürgschaftsvertrag selbst bzw. dessen Auslegung zu ermitteln. Schweigt der Bürgschaftsvertrag, so fallen unter die Gewährleistungsbürgschaft üblicherweise die Sicherung prinzipiell sämtlicher Mängelansprüche des Auftraggebers, d.h. bei einem BGB-Bauvertrag alle (jedenfalls) nach der Abnahme bestehenden Ansprüche aus § 634 BGB und bei einem VOB-Bauvertrag sämtliche Ansprüche aus § 13 VOB/B⁵⁷³. Speziell und (größtenteils) in Erweiterung des Sicherungsumfangs der Baugewährleistungsver-sicherung sichert eine Gewährleistungsbürgschaft generell nachfolgende Ansprüche des Auftraggebers und zwar unabhängig vom Insolvenzfall des Auftragnehmers ab:

a) (Ebenfalls) Nacherfüllungs- und Minderungsrechte des Auftraggebers in und auch außerhalb der Insolvenz

Ebenso wie die Baugewährleistungsver-sicherung sichert die Gewährleistungsbürgschaft die Nacherfüllungsansprüche bzw. das Minderungsrecht des Auftraggebers während des Ver-jährungszeitraums und auch in der Insolvenz des Auftragnehmers (dort insbesondere in

⁵⁷³ Ingenstau/Korbion/Joussen, § 17 Nr. 1 VOB/B Rdnr. 23; Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 423.

3. Abschnitt: Systemkonkurrierende Praktikabilität der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung im Vergleich zur Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft 239

Form eines Erstattungsanspruchs von Mängelbeseitigungskosten bei insolvenzbedingtem Wegfall des Nachbesserungsanspruchs)⁵⁷⁴.

b) Anspruch auf Vorschuss für die Mängelbeseitigung und Selbstvornahmerecht

Regelmäßig umfasst der Sicherungszweck der Gewährleistungsbürgschaft den Anspruch des Auftraggebers auf Leistung eines Vorschusses für die Mängelbeseitigung, umfasst damit - im Gegensatz zur Baugewährleistungsversicherung - auch prinzipiell das in §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB geregelte Selbstvornahmerecht des Auftraggebers.

c) Wandlung bzw. (nunmehr streitiger) Rücktritt

Jedenfalls für den Wandlungsanspruch nach altem Recht erfolgte durch die Gewährleistungsbürgschaft eine Sicherung⁵⁷⁵. Nach (seit der Schuldrechtsreform) neuem Rücktrittsrecht wird zwar zu Recht darauf hingewiesen, dass es sich nunmehr nicht mehr um einen (Wandlungs-)Anspruch, sondern ein Gestaltungsrecht handle (mit der von Wolff angenommenen Rechtsfolge, dass dementsprechend der Vertragsrücktritt nicht gesichert sei⁵⁷⁶), doch dürften nach dem Sinn und Zweck der Gewährleistungsbürgschaft jedenfalls die – hingegen in der Baugewährleistungsversicherung ausdrücklich in Ziff. 7.8 VB BGV (2008) ausgeschlossenen – Rücktrittskosten weiterhin umfasst sein.

d) Schadensersatzansprüche und Ersatz vergeblicher Aufwendungen

Im ausdrücklichen Gegensatz zur Baugewährleistungsversicherung sichert die Gewährleistungsbürgschaft gerade auch Schadensersatzansprüche des Auftraggebers sowie dessen Ersatzanspruch wegen vergeblicher Aufwendungen aus §§ 634 Nr. 4 Alt. 2, 284 BGB.

2. Erstattung weiterer (in der Baugewährleistungsversicherung ausgeschlossener) Mängelansprüche

In der Baugewährleistungsversicherung werden v.a. in Ziff. 7 VB BGV (2008) umfangreich bestimmte auf haftungsrechtlicher Ebene bestehende Mängel- und v.a. Nacherfüllungs-

⁵⁷⁴ Vogel, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 221 mit Verweis auf BGHZ 95, 375; BGH BauR 1984, 406 (408).

⁵⁷⁵ Merl, in: Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, S. 936.

⁵⁷⁶ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 423.

rechte des Auftraggebers ausgeschlossen, im Wesentlichen die o.g. Sach- und Rechtsmängel (wie z.B. das Versagen der Technik an haustechnischen Anlagen, Mängel wegen nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechenden Baustoffe/-teile, Baugrund- und Raumakustikrisiken, Außenanlagenmängel etc. einschließlich der in Ziff. 6.3 VB BGFV (2008) vorgesehenen Wertgrenze bei „optischen Mängeln“). Im Gegensatz dazu sichert die Gewährleistungsbürgschaft größtenteils diese Mängelrechte des Auftraggebers dem Grunde nach (natürlich begrenzt auf die Bürgschaftshöchstsumme, s.u.). Bei diesem deutlich weiteren Sicherungsumfang handelt es sich um einen entscheidenden Vorteil der Gewährleistungsbürgschaft (weswegen im Rahmen der (späteren) systemmodifizierenden Betrachtung unbedingt bei Abschluss einer Baugewährleistungsver-sicherung deren Kombination mit einer – die nicht versicherten Risiken umfassenden - Gewährleistungsbürgschaft empfohlen wird).

3. Erstattung auch von Schadensersatzansprüchen einschließlich (auf dem Baumangel beruhender) Mangelfolgeschäden

Ein weiterer Vorteil der Gewährleistungsbürgschaft ist, dass diese sämtliche auf Baumängeln beruhende Schadensersatzansprüche einschließlich Mangelfolgeschäden, welche mit dem Mangel zusammenhängen, umfasst⁵⁷⁷, während die Baugewährleistungsver-sicherung Schadensersatzansprüche generell und insbesondere auch die Mangelfolgeschäden ausschließt. Insoweit bietet die Gewährleistungsbürgschaft dem Auftraggeber einen wesentlich weiteren Sicherungsumfang, da dieser nicht nur (wie bei der Baugewährleistungsver-sicherung) eine Sicherung der Nacherfüllungsansprüche, sondern darüber hinaus und gerade auch im Insolvenzfall eine Sicherung seiner Schadensersatzansprüche v.a. wegen möglicher kostenintensiver Folgeschäden dem Grunde nach bis zur Bürgschaftshöchstsumme erhält (was sich auch im französischen Recht positiv zugunsten des (v.a. privaten) Auftraggebers auswirkt).

4. Eintrittspflicht auch für - bei Abnahme noch ausstehender - Restarbeiten

⁵⁷⁷ Ingenstau/Korbion/Joussen, § 17 Nr. 1 VOB/B Rdnr. 26; Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 245.

In der Gewährleistungsbürgschaft sind auch Ansprüche des Auftraggebers auf Restfertigung der Leistungen, insbesondere bezüglich bei Abnahme noch ausstehender Restarbeiten (jedenfalls nach Ansicht der Rechtsprechung) umfasst⁵⁷⁸.

5. (Eventuell) Eintrittspflicht auch bezüglich vor der Abnahme bestehender Mängel

In der Baugewährleistungsversicherung sind nach Ziff. 1.2 S. 1 VB BGV (2008) sämtliche Mängel ausgeschlossen, die nicht „erstmalig nach Abnahme der Bauleistung auftreten“. Hingegen soll bei der Gewährleistungsbürgschaft (jedenfalls nach altem Recht) deren Eintrittspflicht für bereits vor der Abnahme bestehende Mängel bestehen⁵⁷⁹.

6. Keine Beschränkung der Entschädigung von Mängelbeseitigungskosten Dritter auf lediglich Selbstkostenbasis

Vorteilhaft wirkt sich bei der Gewährleistungsbürgschaft im Gegensatz zur Baugewährleistungsversicherung auch aus, dass bis zur Bürgschaftshöchstsumme sämtliche Mängelbeseitigungskosten, insbesondere in Form der Ersatzvornahme durch drittbeauftragte Unternehmen dem Auftraggeber als Gläubiger ersetzt werden, ohne dass ein Abzug von „Wagnis, Gewinn und Allgemeinen Geschäftskosten“ (vgl. Ziff. 6.1.2 VB BGV (2008)) vorgenommen wird. Dies wirkt sich v.a. im Insolvenzfall des Auftragnehmers vorteilhaft aus, da dann der Auftraggeber nicht wie bei der Baugewährleistungsversicherung auf die letztendlich unsichere Rechtslage angewiesen ist, vom Versicherer lediglich eine Erstattung von Mängelbeseitigungskosten Dritter auf Selbstkostenbasis zu erhalten, sondern ohne weitere Abzüge vollumfänglich (natürlich begrenzt durch die Bürgschaftshöchstsumme) vom Bürgen.

7. Kein Selbstbehalt

Ebenso wenig kennt die Gewährleistungsbürgschaft Abzugsmöglichkeiten bezüglich der auszukehrenden Bürgschaftssumme (beispielsweise wie die sich insoweit in der Baugewährleistungsversicherung negativ auswirkende Eigenbeteiligung des Auftragnehmers in Höhe

⁵⁷⁸ Ingenstau/Korbion/Joussen, § 17 Nr. 1 VOB/B Rdnr. 24 mit Verweis auf OLG Hamm NJW-RR 1987, 686; OLG Köln BauR 1998, 555 (557).

⁵⁷⁹ Palandt/Sprau, Einf. v. § 765, Rdnr. 13; Ingenstau/Korbion/Joussen, § 17 Nr. 1 VOB/B Rdnr. 23 mit (ebenfalls) Verweis auf BGH BauR 1998, 332 (334).

von mindestens 2.500,00 Euro bzw. 10% der Entschädigungssumme sowie des Auftraggebers im Insolvenzfall mit praktisch 500,00 Euro).

8. (Äußerst streitige) Einstandspflicht der Gewährleistungsbürgschaft bei Leistungserweiterungen und Leistungsänderungen

Bezüglich der (nicht unumstrittenen) Einstandspflicht auch der Gewährleistungsbürgschaft bei Leistungserweiterungen bzw. -änderungen gilt das oben zur Vertragserfüllungsbürgschaft Gesagte.

II. Nachteile der Gewährleistungsbürgschaft im Vergleich zur Baugewährleistungsver-sicherung

1. (Ebenfalls) Verteuerung des Bauvorhabens

Wie bereits ausgeführt, führt auch das Sicherungsmittel der Gewährleistungsbürgschaft mit ihren Avalkosten zur Verteuerung des Bauvorhabens, wobei aus Sicht des Auftragnehmers noch das (Prozess-)Kostenrisiko hinzukommt, zunächst direkt vom Auftraggeber im Rahmen dessen Mängelansprüche in Anspruch genommen zu werden, außerdem u.U. im Rahmen eines Rückgriffprozesses seitens des Bürgen gegen ihn als Hauptschuldner, während bei der Baugewährleistungsver-sicherung diese kostenintensive Regressierung ausgeschlossen ist und generell (Prozess-)Kosten einer Auseinandersetzung mit dem Auftraggeber im Rahmen der Rechtsschutzfunktion der Baugewährleistungsver-sicherung versichert sind (s.u.).

2. (Regelmäßig) höhere Sicherung durch die Baugewährleistungsver-sicherung aufgrund ihrer umfangreicheren Deckungssumme

Nachteilig wirkt sich auch der geringere Absicherungsrahmen der Gewährleistungsbürgschaft von regelmäßig 3% (bis max. 5%) der Abrechnungssumme aus. Diese Bürgschaftssumme ist regelmäßig deutlich geringer als die Sicherung durch die wesentlich umfangreichere Deckungssumme der Baugewährleistungsver-sicherung, wodurch - bis zur Höchstgrenze der versicherten Deckungssumme - sozusagen „100%“ der Nacherfüllungs- bzw. Minderungsleistungen (abzgl. der Selbstbeteiligung) versichert sind, also das letztendlich bautechnische Ergebnis der Nacherfüllung durch v.a. Mängelbeseitigung faktisch gesichert ist, während mit einer Auszahlung lediglich der Bürgschaftssumme an den Auftraggeber

direkt noch keine bautechnische Beseitigung aufgetretener Mängel etc. verbunden ist, diese erst durch Dritte durchgeführt werden muss, wobei nicht gewährleistet ist, dass die Bürgschaftssumme hierfür in der Praxis ausreichend ist (bzw. tatsächlich verwendet wird).

3. Keine Sicherung sämtlicher dem Auftraggeber zustehender Ansprüche durch die Gewährleistungsbürgschaft

Keineswegs sichert die Gewährleistungsbürgschaft sämtliche dem Auftraggeber zustehenden Ansprüche (v.a. auch nicht im Insolvenzfall)⁵⁸⁰:

a) Keine Sicherung der Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten in natura

Systembedingt erfolgt die Sicherungsleistung der Gewährleistungsbürgschaft ausschließlich in Form einer Geldleistung, faktisch muss – wie eben erwähnt – der Auftraggeber mit dieser Geldleistung selbst, regelmäßig durch Beauftragung eines Drittunternehmers für die Mängelbeseitigung sorgen, ggf. unter Einschaltung von Architekten, weiteren Spezialfirmen etc.. Demgegenüber verlangt das System der Baugewährleistungsversicherung, dass zunächst der Vertragspartner des Auftraggebers, nämlich der das Bauvorhaben am besten (technisch etc.) kennende Auftragnehmer mit seinen Erfüllungsgehilfen die Mängelbeseitigungsarbeiten durchführt und (erst) nach entsprechendem Nachweis der durchgeführten Maßnahmen direkt die hierfür erforderlichen Entschädigungsleistungen (auf Selbstkostenbasis) erhält. Demnach ist die Baugewährleistungsversicherung für den (v.a. privaten) Auftraggeber äußerst vorteilhaft, da sie auf eine Mängelbeseitigung in natura gerichtet ist, was nach Voit „einen entscheidenden Vorteil aus Sicht des Verbrauchers gegenüber der Gewährleistungsbürgschaft hat, dass nämlich der Bauunternehmer die Kosten der Mängelbeseitigung nicht selbst zu tragen hat und deshalb keinen Anlass hat, wegen finanzieller Engpässe die Mängelbeseitigung zu unterlassen, vielmehr die Möglichkeit hat, die Mängel auf Kosten der Versicherung zu beseitigen und damit weitere Schadensersatzansprüche zu vermeiden, (...) womit Konfliktpotenzial erheblich abgebaut wird“⁵⁸¹. Hingegen ist mangels Zweckbindung der Bürgschaftssumme bei der Bürgschaft insgesamt und speziell bei der Gewährleistungsbürgschaft aus baupraktischer Sicht nicht gewährleistet, dass mit den

⁵⁸⁰ Vogel, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 228.

⁵⁸¹ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 245.

ausgezählten Entschädigungsleistungen die Mängelbeseitigungsarbeiten tatsächlich zweckorientiert bzw. in dem bautechnisch erforderlichen Umfang durchgeführt werden.

b) (Auch) kein Eintritt für nicht auf Baumängeln beruhenden Mangelfolgeschäden bzw. Ansprüchen aus sonstigen Vertragsverletzungen

Ebenso wenig wie die Baugewährleistungsver-sicherung tritt die Gewährleistungsbürgschaft bei nicht auf Baumängeln beruhenden Mangelfolgeschäden ein, noch für Schadensersatzansprüche aus sonstigen Vertrags- und Pflichtverletzungen⁵⁸² (beispielsweise fallen Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten auch nicht unter die Gewährleistungsbürgschaft⁵⁸³).

4. Risiken verzögerter (Bürgschafts-)Auszahlungen wegen eigenen Prüfungsrechts des Bürgen bzw. dessen Verteidigungsmöglichkeiten im Erstprozess

Für die Gewährleistungsbürgschaft gelten die oben beschriebenen Risiken gleichermaßen.

5. Risiko des Rückforderungsprozesses des Bürgen

Auch hier gilt das oben Gesagte.

6. (Ebenfalls bzw. höheres) Risiko des Verlustes des regelmäßig einzigen Sicherungsmittels des Auftraggebers

Ebenso ist der Gläubiger der Gewährleistungsbürgschaft und damit der Auftraggeber einem - im Vergleich zur Baugewährleistungsver-sicherung als höher zu bewertenden - Risiko ausgesetzt, sein regelmäßig einziges Sicherungsmittel dadurch zu verlieren, dass der Bürge v.a. im Rückgriffsprozess sämtliche Einwendungen und Einreden sowohl aus dem Bürgschaftsvertrag als auch (ggf. kombiniert) aus der Sicherungsabrede, insbesondere unter den kaum zu kalkulierenden AGB-rechtlichem Unwirksamkeitsaspekten, geltend machen wird, um seiner Eintrittspflicht nachträglich entgehen zu können. Dadurch wird die Bestandsfestigkeit der Gewährleistungsbürgschaft gerade in den mit der Baugewährleistungsver-sicherung identischen Eintrittsfällen, namentlich bei Nacherfüllungs- und Minderungsrechten außerhalb und in der Insolvenz, erheblich zu Lasten des Auftraggebers geschwächt.

⁵⁸² Ingenstau/Korbion/Joussen, § 17 Nr. 1 VOB/B Rdnr. 25; Schmitz, Die Bauinsolvenz, S. 245.

⁵⁸³ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 423.

7. Rückgriff des Bürgen gegen den Auftragnehmer

Zunächst gilt auch hier das oben Gesagte zu den umfangreichen Rückgriffsmöglichkeiten des Bürgen gegen den Auftragnehmer als Hauptschuldner; erschwerend kommt zur (im Gegensatz bei der Baugewährleistungsversicherung nicht erfolgenden) Regressierung hinzu, dass es dem Bürgen unbenommen bleibt, insbesondere die von ihm geleistete Nacherfüllungs-/Mängelbeseitigungskosten regressierend wiederum beim Auftragnehmer geltend zu machen, was dieses Sicherungsmittel aus Sicht des Auftragnehmers weniger attraktiv erscheinen lässt, hat er doch trotz seiner bereits erbrachten, finanziellen Aufwendungen für dieses Sicherungsmittel weiterhin mit Rückgriffen der bürgenden Bank zu rechnen.

8. Keine Rechtsschutzfunktion

Weiterhin wirkt sich negativ für den Auftragnehmer bei einer Gewährleistungsbürgschaft aus, dass ihm diese - im Gegensatz zur Baugewährleistungsversicherung - keine Rechtsschutzfunktion mit entsprechender Kostenübernahme bietet, und er gleichzeitig v.a. prozessualen, kostenintensiven Rückgriffen des Bürgen ausgesetzt ist, ganz abgesehen von in mehreren Prozessen denkbaren Sachverständigenkosten (s.o.).

9. Keine gutachterliche Baubegleitung

Schließlich wirkt sich sowohl für den Auftraggeber als auch den Auftragnehmer das Fehlen einer v.a. „präventiven“ gutachterlichen Bauqualitätsbegleitung bei einer reinen Bürgschaftssicherung negativ aus (s.o.).

III. Bewertung

Bei der Bewertung der jeweiligen Vor- und Nachteile der Baugewährleistungsversicherung und Gewährleistungsbürgschaft steht natürlich am Anfang auch wieder die beiden Sicherungsmitteln eigene Verteuerung des Bauvorhabens mit höheren Baukosten. Insgesamt betrachtet, bietet die Gewährleistungsbürgschaft einen deutlich umfangreicheren Schutz der Mängelrechte des Auftraggebers (jedenfalls) dem Grunde nach, denkt man v.a. an die umfangreich abgesicherten Schadensersatzansprüche und deren Folgekosten sowie auch deren Eintrittspflicht für nahezu sämtliche haftungsrechtlich begründeten Nacherfüllungs- und Minderungsansprüche des Auftraggebers, ohne bestimmte Sach- bzw. Rechtsmängel schon im Vorfeld auszuschließen. Damit ist die Gewährleistungsbürgschaft dem Grunde nach das einen umfangreicheren Deckungsumfang bietende Sicherungsmittel. Im Gegen-

satz dazu bestehen die insoweit überwiegenden Vorteile der Baugewährleistungsver-sicherung darin, dass - bei einer auf die Sicherung der Nacherfüllungs- und Minderungsrechte des Auftraggebers reduzierten Betrachtung – dort im Gegensatz zur regelmäßig geringeren Bürgschaftssumme eine faktisch „100%-ige“ Sicherung dieser Ansprüche des Auftraggebers erfolgt, ohne dass weder der Auftraggeber noch – v.a. außerhalb der Insolvenz – der Auftragnehmer irgendwelchen Rückgewährforderungen in gerichtlichen Auseinandersetzungen seitens des Versicherers ausgesetzt wären. Ebenso besteht eine wesentlich größere Unsicherheit bezüglich der Bestandsfestigkeit des Sicherungsmittels Bürgschaft, weil regelmäßig der Bürge versuchen wird, mit Einwendungen und Einreden aus mehreren Rechtsverhältnissen dessen Eintrittspflicht zu Fall zu bringen, dies verbunden mit höheren (Prozess-)Risiken auf Seiten der Bauvertragsparteien (wobei auch systembedingt die Rechtsschutzfunktion auf Seiten des Auftragnehmers entfällt). Nachteilig wirkt sich auch aus, dass die Gewährleistungsbürgschaft keine „präventive“ Baukontrolle des Bauvorhabens mit dem Ziel einer langfristigen Steigerung der Bauqualität verfolgt. Im Rahmen einer Gesamtbewertung ist zwar die Baugewährleistungsver-sicherung nicht derart eindeutig vorzugswürdig wie die Baufertigstellungsversicherung im Verhältnis zur Vertragserfüllungsbürgschaft, doch wird als ein Ergebnis dieser Untersuchung dem Auftraggeber trotzdem der Vorzug der Baugewährleistungsver-sicherung vor einer Gewährleistungsbürgschaft empfohlen, da eine Sicherung dessen Nacherfüllungs- und Minderungsrechte im Rahmen des Versicherungsmodells wesentlich umfangreicher und auch unkomplizierter als das Bürgschaftsmodell ist und insgesamt mit einer geringeren Rechtsunsicherheit behaftet ist (wobei dem Auftraggeber bei Wahl der Baugewährleistungsver-sicherung klar sein muss, dass er – ohne Abschluss einer für diese Zwecke für sinnvoll gehaltenen, zusätzlichen Gewährleistungsbürgschaft - keine Sicherung für das nicht zu unterschätzende v.a. finanzielle Risiko im Falle von auf Baumängeln beruhenden Schadensersatzansprüchen erhält).

C. Gesamtbewertung der systemkonkurrierenden Praktikabilität

Zusammengefasst lässt sich die systemkonkurrierende Praktikabilität wie folgt bewerten:

1. Allen Sicherungsinstrumenten ist prinzipiell die Verteuerung des Bauvorhabens gemeinsam.
2. Entscheidend ist die zunächst zu klärende Frage, welchen Zweck der Sicherung der Auftraggeber verfolgen möchte.

3. Ist dieser Zweck geklärt, dienen (jedenfalls) dem Grunde nach die Bürgschaftsmodelle wesentlichen umfangreicheren Sicherungen der entsprechenden Mängelansprüche des Auftraggebers (allerdings der Höhe nach in einem deutlich geringeren Umfang als die Versicherungsmodelle).

4. Will sich allerdings der Auftraggeber speziell gegen die Insolvenz seines Vertragspartners absichern, so sind aufgrund der umfangreicheren Deckungssummen die Baufertigstellungsversicherung gegenüber der Vertragserfüllungsbürgschaft uneingeschränkt vorzugswürdig, ebenfalls – allerdings reduziert auf den Insolvenzfall – die Baugewährleistungsversicherung gegenüber der Gewährleistungsbürgschaft.

5. Für die Mängelhaftung außerhalb der Insolvenz ist als Ergebnis dieser Untersuchung die Baugewährleistungsversicherung nicht uneingeschränkt empfehlenswert, insbesondere im Hinblick auf die nicht erfolgende Sicherung von auf Baumängeln beruhenden Schadensersatzsprüchen, doch in Anbetracht des deutlich höheren Sicherungsumfangs letztendlich gegenüber der mit erheblichem (v.a. AGB-rechtlichen) Risiken belasteten Gewährleistungsbürgschaft vorzugswürdig.

4. Abschnitt: Systemmodifizierende Praktikabilität: Empfehlungen und Modifikationsvorschläge aus praktischer Sicht

Unter Berücksichtigung der o.g. Bewertungen der systeminternen und -externen Praktikabilität der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung lassen sich für die Beteiligten sowohl Empfehlungen bezogen auf das gegenwärtige Versicherungssystem als auch Modifikationsvorschläge in Bezug auf zukünftige Optimierungen im Rahmen eines als systemmodifizierende Praktikabilität bezeichneten Katalogs aufstellen:

A. Empfehlungen und Modifikationsvorschläge zur Baufertigstellungsversicherung

I. Empfehlung: Keine voreilige Kündigungserklärung des Auftraggebers im Insolvenz(eröffnungs)verfahren aufgrund der Rechtsunsicherheit insolvenzbedingter Kündigungsrechte

Bezüglich der Baufertigstellungsversicherung in ihrer gegenwärtigen Fassung muss im Hinblick auf die o.g. risikobehaftete Alt. 1 des möglichen Versicherungsfalls nach Ziff. 2.2 S. 2,

2.1 VB BFV (2008) jedenfalls bei einem vereinbarten BGB-Bauvertrag dem Auftraggeber dringend davon abgeraten werden, voreilig im Insolvenzeröffnungsverfahren bzw. (zumindest anfänglich) auch im Insolvenzverfahren eine Kündigung des Werkvertrages zu erklären: Wie als Ergebnis bereits herausgearbeitet, besteht – sofern (regelmäßig) nicht anders vereinbart – prinzipiell kein insolvenzbedingtes Sonderkündigungsrecht des Auftraggebers nach BGB, er setzt sich damit bei einer unüberlegten und voreiligen Kündigungserklärung regelmäßig der Gefahr aus, dass diese als freie ordentliche Kündigung nach § 649 S. 1 BGB umgedeutet bzw. ausgelegt wird mit der Folge, dass er sich unnötigerweise und letztlich ungewollt Zahlungsverpflichtungen aus § 649 S. 2 BGB ausgesetzt sieht. Beim BGB-Werkvertrag bleibt deshalb nur die zweite Alternative aus Ziff. 2.2 S. 3, 2.1 VB BFV (2008) dem Auftraggeber übrig, unter (bedauerlicherweise) unnötigem Zeitverlust den Versicherungsfall abwarten zu müssen, ob entweder das Insolvenzeröffnungsverfahren mit der Ablehnung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens endet, oder aber im eröffneten Insolvenzverfahren sich der Insolvenzverwalter über die Fortführung bzw. Ablehnung der Erfüllung des Bauvertrages endgültig erklärt hat. Für diesen letztgenannten Fall ist dem Auftraggeber dringend ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu empfehlen, gemäß § 103 Abs. 2 S. 2 InsO den Insolvenzverwalter unmissverständlich unter angemessener Fristsetzung zur Ausübung seines Wahlrechts bezüglich der (Nicht-)Vertragsfortführung aufzufordern, um möglichst schnell Rechtsklarheit diesbezüglich zu erhalten (schließlich hat in diesem Fall der Auftraggeber bereits mindestens drei Monate bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gewartet). Erst wenn sich der Insolvenzverwalter, ggf. nach Fristsetzung aus § 103 Abs. 2 S. 2 InsO definitiv und endgültig ablehnend erklärt hat, kann der Auftraggeber von einem rechtssicheren Eintritt des Versicherungsfalles und der dann folgenden Mehrkostenerstattung durch den Versicherer ausgehen. Ist zwischen den Parteien hingegen die Anwendung der VOB/B vereinbart, ist mit dem oben gefundenen Ergebnis von einem wesentlich rechtssicheren, insolvenzbedingten Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 Alt. 1, 2 und 4 VOB/B auszugehen. In diesem Zusammenhang ist dem Auftraggeber dringend zu empfehlen, die Kündigungserklärung ausdrücklich und ausschließlich auf diese insolvenzbedingten Kündigungsrechte zu stützen und klarzustellen, dass auf keinen Fall (beispielsweise aufgrund des durchaus bestehenden Risikos einer AGB-rechtlichen Unwirksamkeit dieser Kündigungsalternativen (s.o.)), auch nicht durch eine ggf. hilfsweise vorzunehmende Auslegung bzw. Umdeutung eine freie ordentliche Kündigung nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B von ihm gewollt ist, um durch solche klare Wil-

lenserklärungen die ansonsten aus Sicht des Auftraggebers negativen Rechtsfolgen aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B, § 649 BGB zu vermeiden.

II. Empfehlung: Individualvertragliche Vereinbarung eines insolvenzbedingten Sonderkündigungsrechts des Auftraggebers v.a. im BGB-Bauvertrag

Um gerade diese e.g. Risiken zu vermeiden, wird den Bauvertragsparteien, welche sich für eine Sicherung über die Baufertigstellungsversicherung in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung entscheiden, empfohlen, ausdrücklich v.a. beim BGB-Bauvertrag individualvertraglich ein insolvenzbedingtes Sonderkündigungsrecht des Auftraggebers aufzunehmen, verbunden mit der Klarstellung, dass mit einer Erklärung dieses Sonderkündigungsrechts auf keinen Fall, auch nicht hilfsweise durch Auslegung bzw. Umdeutung eine freie ordentliche Kündigung verbunden ist. Zwecks Rechtssicherheit ist selbst bei Vereinbarung der VOB/B eine entsprechende individualvertragliche Ergänzung mit einem insolvenzbedingten Sonderkündigungsrecht empfehlenswert, um dem Risiko einer ggf. gerichtlichen Auseinandersetzung über die AGB-rechtliche Wirksamkeit der Kündigungsmöglichkeiten aus § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B präventiv aus dem Weg zu gehen und so sicherzustellen, dass durch ein zum Insolvenzereignis äußerst zeitnahes Kündigungsrecht des Auftraggebers auch letztendlich der Sicherungszweck aus dem Versicherungsfall der ersten Alternative der Ziff. 2.2 S. 2, 2.1 VB BFV (2008) zugunsten des Auftraggebers herbeigeführt werden kann.

III. Modifikationsvorschläge: Vereinfachung des Eintritts des Versicherungsfalles

Um zukünftig solche Rechtsunsicherheiten, welche sich aus den e.g. risikobehafteten Kündigungssituationen ergeben, reduzieren zu können, wäre über nachfolgende Modifikationsvorschläge bezüglich der Ergänzung bzw. Änderung der Baufertigstellungsversicherung in ihrer gegenwärtigen Fassung nachzudenken:

1. Einführung einer versicherungsrechtlichen Obliegenheit des Auftragnehmers zur individualvertraglichen Einräumung eines insolvenzbedingten Sonderkündigungsrechts des Auftraggebers

Sofern am gegenwärtigen System des Erfordernisses einer ausdrücklichen Kündigung zwecks Herbeiführung des Versicherungsfalles festgehalten werden soll, sollten die Bauvertragsparteien dazu bewegt werden, ein insolvenzbedingtes Sonderkündigungsrecht indivi-

dualvertraglich in den Bauvertrag aufzunehmen. Um dies zwingend herbeiführen zu können, böte sich möglicherweise eine entsprechende versicherungsrechtliche Obliegenheit des Auftragnehmers an, dass dieser bei Abschluss des Versicherungsvertrages dem Versicherer nachzuweisen hat, dass ein insolvenzbedingtes Sonderkündigungsrecht des Auftraggebers im Bauvertrag individualvertraglich vereinbart ist, was aufgrund seiner zugunsten des Auftraggebers vorteilhaften Wirkung sicherlich auch vertraglich zwischen den Bauvertragsparteien fixierbar ist. Gleichzeitig sollte fairerweise der Versicherer den Auftraggeber (beispielsweise in dem an den Auftraggeber auszuhändigenden Zertifikat) ausdrücklich darauf hinweisen, dass der Versicherungsfall (jedenfalls) in seiner Alt. 1 aus Ziff. 2.2 S. 2 VB BFV (2008) das zwingende Erfordernis einer insolvenzbedingten Kündigung vorsieht, und deshalb gerade beim BGB-Werkvertrag einem (v.a. privaten) Auftraggeber die (möglicherweise noch nachträglich vorzunehmende) Vereinbarung eines insolvenzbedingten Sonderkündigungsrechts nahelegen.

2. (Weitere) Alternative im Insolvenzeröffnungsverfahren: Kündigungsfreier Eintritt des Versicherungsfalls schon bei (ausdrücklicher bzw. nicht unverzüglich) Ablehnung der Vertragserfüllung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter bzw. Auftragnehmer

Sofern im Rahmen einer Systemmodifikation der Baufertigstellungsversicherung nicht am zwingenden Erfordernis einer Kündigung festgehalten werden soll bzw. der Versicherungsfall entsprechend um eine weitere (nachfolgende aufgezeigte) Alternative ergänzbar wäre, ließe sich darüber nachdenken, ob im Insolvenzeröffnungsverfahren (zum eröffneten Insolvenzverfahren s.u.) der Versicherungsfall ohne ausdrückliche Erklärung einer Kündigung schon dann eintreten soll, wenn nach ausdrücklicher, unter angemessener Fristsetzung erfolgter Aufforderung durch den Auftraggeber der vorläufige Insolvenzverwalter bzw. Auftragnehmer die geschuldete Vertragserfüllung ausdrücklich bzw. nicht unverzüglich abgelehnt haben. Dieser Modifikationsvorschlag lehnt sich (größtenteils) an die für das eröffnete Insolvenzverfahren vorgesehene Möglichkeit aus Ziff. 2.2 S. 3 VB BFV (2008) an, damit recht schnell eine Klarheit darüber herbeigeführt wird, ob das Bauvorhaben fortgeführt wird oder nicht. Wird es definitiv nicht fortgeführt, wäre zugunsten des Auftraggebers schon im Insolvenzeröffnungsverfahren der Versicherungsfall gegeben (sollte dann wider Erwarten der Insolvenzverwalter im später eröffneten Insolvenzverfahren die Vertragsfortführung wählen, müsste über eine Rückerstattungspflicht des Auftraggebers be-

züglich der ggf. bis dahin unter Vorbehalt erhaltenen Entschädigungsleistungen des Versicherers nachgedacht werden). Wichtig ist im Zusammenhang mit der Neugestaltung solcher Versicherungsbedingungen, dass der Versicherungsfall nicht nur durch eine ausdrücklichen Ablehnung des vorläufigen Insolvenzverwalters bzw. Auftragnehmers eintritt, sondern auch wenn – in Anlehnung an den Rechtsgedanken aus § 103 Abs. 2 S. 2 und S. 3 InsO – sich der vorläufige Insolvenzverwalter bzw. Auftragnehmer darüber nicht unverzüglich oder überhaupt nicht erklären, so dass in diesem Fall durch eine versicherungsrechtliche Fiktion die Nicht-Vertragsfortführung und damit der Versicherungsfall rechtssicher bejaht wird. Zur weiteren Rechtssicherheit wäre empfehlenswert, den Zeitraum der „unverzüglich“ erforderlichen Erklärung zu definieren, beispielsweise unter Einräumung eines angemessenen Überlegungszeitraums (s.o.) von „7-14 Tagen nach schriftlicher Aufforderung des Auftraggebers“ (s.o.). Ziel sämtlicher Modifikationen muss es sein, den Versicherungsfall entsprechend des Sicherungszwecks der Baufertigstellungsversicherung möglichst einfach, rechtssicher und ohne unnötige zeitliche Verzögerungen herbeizuführen, um dem Auftraggeber zeitnah v.a. durch eine Kostenübernahmeerklärung die (mangelfreie) Fertigstellung seines Bauvorhabens zu ermöglichen.

3. (Ebenso) im eröffneten Insolvenzverfahren: Eintritt des Versicherungsfalls auch bei nicht unverzüglicher Ablehnung der Vertragserfüllung durch den Insolvenzverwalter

Wie eben ausgeführt, sollten aus Rechtssicherheitsgesichtspunkten die Versicherungsbedingungen in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung in Ziff. 2.2 S. 3 VB BFV (2008) insoweit mit dem eben geschilderten Rechtsgedanken des § 103 Abs. 2 S. 2 und 3 InsO ergänzt werden, dass der Versicherungsfall auch bei nicht bzw. nicht unverzüglich erklärter Ablehnung durch den Insolvenzverwalter (beispielsweise „7-14 Tage nach schriftlicher Aufforderung durch den Auftraggeber“) eintreten soll.

IV. Empfehlung: Umgehende Nachversicherung bei Leistungsänderungen bzw. Leistungserweiterungen des (ursprünglich versicherten) Bauvorhabens

Nachdem bereits auf die Problematik der Sicherung von Änderungen bzw. Erweiterungen des Leistungsumfangs des ursprünglich versicherten Bauvorhabens mehrfach eingegangen wurde, ist beiden Bauvertragsparteien dringend zu empfehlen, bei vorzunehmenden Änderungen bzw. Erweiterungen diese unverzüglich dem Versicherer aus Beweisgründen in

Schriftform mitzuteilen und dort darauf zu drängen, auch unter Inkaufnahme einer ggf. prämiemäßig erhöhten Nachversicherung diese neuen Risiken mitzuversichern, um auch für dieses geänderte bzw. erweiterte Bauvorhaben nicht nur im Rahmen der Baufertigstellungsversicherung, sondern darüber hinaus auch im Rahmen der gleichzeitig abgeschlossenen Baugewährleistungsversicherung (s.u.) den vollen Versicherungsschutz sicherzustellen.

V. (Generelle) Empfehlung: Vermeidung von zu frühen Teilzahlungen bzw. Überzahlungen durch sachverständige Prüfung

In der Baufertigstellungsversicherung sind zu frühe Teilzahlungen und Überzahlungen nicht versichert (vgl. Ziff. 7.2 und 7.3 VB BFV (2008)). Insoweit ist dem Auftraggeber generell, insbesondere auch im Zusammenhang mit einer Vertragserfüllungsbürgschaft, zu empfehlen, dass er regelmäßig Baufortschritte, Zahlungspläne, -ziele etc. durch Sachverständige überprüfen lässt, um zu vermeiden, dass er eventuell zu früh Abschlagszahlungen bzw. Überzahlungen an den Auftragnehmer leistet (das Risiko von entsprechend zu früh bzw. zu viel geleisteten Zahlungen dürfte sich zwar insoweit reduzieren, als bei der Baufertigstellungsversicherung eine sachverständige Baubegleitung stattfindet, ob diese aber primär solche Interessen des Auftraggebers verfolgt, ist aus der Natur der Sache heraus eher nicht der Fall, da letztendlich der Bauunternehmer bzw. der Versicherer den Bausachverständigen beauftragen, dieser zunächst deren Interessen verfolgen wird).

VI. Empfehlung: Zusatzvereinbarung eines Auskunftsrechts des Auftraggebers bezüglich der gutachterlichen Baubegleitung

Gerade um auch e.g. Risiken zu minimieren, empfiehlt es sich seitens des Auftraggebers, möglicherweise durch eine Zusatzvereinbarung mit dem Bausachverständigen, ein entsprechendes Auskunftsrecht, insbesondere Einsichtsrecht in dessen Dokumentationen zu vereinbaren, da nach den Versicherungsbedingungen der Baufertigstellungsversicherung ein solches Auskunftsrecht regelmäßig ausgeschlossen sein dürfte (s.o.)⁵⁸⁴. Ob sich allerdings der Bausachverständige auf ein solches Auskunftsrecht einlässt, hängt nicht zuletzt von der hierfür zu erteilenden Einwilligung des Versicherers bzw. des Auftragnehmers ab, ob sich diese sozusagen als „transparente Vertragsparteien in die Karten schauen lassen wollen oder nicht“. Allerdings dürfte ein entsprechend gewährtes Einsichtsrecht prinzipiell die

⁵⁸⁴ Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 244.

vertrauensvolle Zusammenarbeit der Bauvertragsparteien stärken, mit dem Ziel, die Qualität des Bauvorhabens langfristig zu sichern.

VII. Empfehlung: Kombination der Baufertigstellungsversicherung mit einer Vertragsstrafenvereinbarung

Sofern der Auftraggeber neben dem Insolvenzrisiko auch das Risiko von Verzögerungsschäden außerhalb der Insolvenz absichern möchte, ist ihm jedenfalls (zu weitergehenden Empfehlungen s.u.) die Kombination der Baufertigstellungsversicherung mit einer Vertragsstrafenvereinbarung zu empfehlen⁵⁸⁵. Sofern sich (überhaupt) der Auftragnehmer auf eine solche Vertragsstrafenvereinbarung einlässt, bietet diese Kombinationslösung - gegenüber der weiteren Kombinationslösung mit einer Vertragserfüllungsbürgschaft - den wirtschaftlichen Vorteil, dass diese Sicherung nicht mit weiteren (Aval-, u.ä.) Kosten eines Sicherungsmittels verbunden ist (wobei sich allerdings der Auftragnehmer für den Verzögerungsfall auf eine weitere finanzielle Belastung einlässt).

VIII. (Noch weitergehende) Empfehlung: Kombination der Baufertigstellungsversicherung mit einer Vertragserfüllungsbürgschaft für die versicherungsrechtlich nicht gedeckten Ansprüche v.a. außerhalb der Insolvenz des Auftragnehmers

Noch weitergehend in ihrem Sicherungsumfang geht die Empfehlung, die Baufertigstellungsversicherung zusätzlich mit einer Vertragserfüllungsbürgschaft bezogen auf die versicherungsrechtlich nicht gedeckten Ansprüche (v.a. auf vollständige, rechtzeitige und mangelfreie Leistung auch außerhalb der Insolvenz des Auftragnehmers) zu kombinieren. Dadurch würden ein Großteil der versicherungsrechtlichen Deckungslücken geschlossen werden, die nicht nur im Insolvenzfall (z.B. keine Deckung bei zu frühen Teilzahlungen), sondern auch unabhängig von der Insolvenz (v.a. bei Verzögerungsschäden) bestehen. Insofern empfiehlt es sich, die (nicht versicherten) Schwächen der Baufertigstellungsversicherung mit den Stärken der Vertragserfüllungsbürgschaft zu kombinieren. Diese Idee eines „Maximalschutzes“ darf natürlich nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich dann das Bauvorhaben nicht nur durch die Kosten der Baufertigstellungsversicherung (und der mit ihr zwingend zusätzlich abzuschließenden Baugewährleistungsverversicherung), sondern auch noch zusätzlich durch die Avalkosten der Vertragserfüllungsbürgschaft (diese natürlich

⁵⁸⁵ Messerschmidt/Voit/Wolff, S. 421; Voit, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 239.

reduziert um das von der Baufertigstellungsversicherung gedeckte Risiko der Insolvenzversicherung) verteuert wird (diesen Gedankengang weiter verfolgend, wird sich dann das Bauvorhaben nochmals weiter verteuern, wenn man – jedenfalls idealerweise – auch die Baugewährleistungsver sicherung zusätzlich mit einer Gewährleistungsbürgschaft als insgesamt viertes (!) Sicherungsmittel kombinieren würde, s.u.). Ob sich so ein „Maximalschutz“ überhaupt noch finanzieren lässt und in der Baupraxis v.a. dem – zunächst sämtliche Kosten tragenden – Auftragnehmer zu vermitteln ist, erscheint – realistisch und vorsichtig formuliert – relativ schwierig. Insoweit wäre alternativ seitens der Versicherungswirtschaft über nachfolgende Modifikationsvorschläge gerade unter dem Aspekt möglicherweise geringerer Gesamtkosten nachzudenken:

IX. Modifikationsvorschlag: Erweiterung des Versicherungsschutzes der Baufertigstellungsversicherung auch auf die Sicherung des Auftraggebers außerhalb der Insolvenz des Auftragnehmers

Im Rahmen der Modifikation des versicherungsrechtlichen Sicherungssystems könnte dementsprechend darüber nachgedacht werden, die Vorteile der Baufertigstellungsversicherung in ihrer bisherigen Ausgestaltung mit den insoweit ergänzenden Vorzügen der Vertragserfüllungsbürgschaft, insbesondere der Sicherung des Auftraggebers auch außerhalb der Insolvenz des Auftragnehmers in der Fertigstellungsphase des Bauvorhabens, in einem einzigen Versicherungsprodukt (möglicherweise als eine freiwillige Zusatzversicherung) zu kombinieren. Eine solche versicherungsrechtliche Sicherung hätte natürlich für den Auftraggeber den Vorteil eines „Maximalschutzes“ im gesamten Zeitraum der Baufertigstellung unabhängig vom (auch eingeschlossenen) Insolvenzfall. Seitens des Versicherers könnte dessen Risikobegrenzung über eine vertraglich steuerbare Höchstgrenze der Versicherungssumme erfolgen, diese wiederum könnte je nach Bereitschaft der Bauvertragsparteien zur Zahlung bestimmter Versicherungsbeiträge individuell nach deren Risikobereitschaft bestimmt werden. Über ein solches bzw. ähnliches Modell sollte die Versicherungswirtschaft spätestens dann verfügen, wenn – wie v.a. von Verbraucherschutzorganisationen schon gefordert (s.o.) – in der deutschen Gesetzgebung gerade aus den (auch politisch) immer mehr an Bedeutung gewinnenden Verbraucherschutzgesichtspunkten über die Einführung eines gesetzlich zwingenden Sicherungssystems zugunsten des (privaten) Auftraggebers nachgedacht werden sollte.

X. Modifikationsvorschlag: Einführung eines zusätzlichen Sachversicherungsmodells mit dem Auftraggeber als Versicherungsnehmer

Ganz neue Wege würde ein - die Prinzipien der Baufertigstellungsversicherung sowie der Vertragserfüllungsbürgschaft aufnehmendes, neu zu schaffendes – Sachversicherungsmodell gehen, welches zusätzlich vom Auftraggeber als eine bauspezifische Sachversicherung abgeschlossen werden könnte. Zwar kennt das französische Bauversicherungssystem nicht die versicherungsrechtliche Sicherung der Fertigstellungsphase, doch ist von dort der Grundgedanke aufzugreifen, dass letztendlich der Versicherungsschutz dem Auftraggeber zugute kommen muss und diesem selbst eine Versicherungsnehmerstellung mit eigenem Forderungsrecht in und außerhalb der Insolvenz des Auftragnehmers einzuräumen wäre. Bezüglich der entstehenden Kosten könnte der Auftraggeber nach vorheriger Information über die Höhe der Versicherungsprämie abwägen, ob er selbst als Versicherungsnehmer unter Verteuerung seiner direkten Baukosten diese Baufertigstellungsversicherung zu seinen Gunsten abschließt oder nicht. Außerdem hätte er auch den weiteren Vorteil, seine Ansprüche einfach, unkompliziert sowie unter Vermeidung des relativ risikobehafteten Bürgschaftsmodells auch außerhalb der Insolvenz des Auftragnehmers absichern zu können. Aus Sicht der Versicherungswirtschaft, welche augenscheinlich dieses Modell nicht anbietet, dürfte natürlich das zu versichernde Risiko wesentlich schwerer zu kalkulieren sein, da eine strenge Bonitätsprüfung des Auftragnehmers mangels entsprechender Einsichtsrechte nicht bzw. nicht so umfangreich erfolgen könnte, ebenso wenig mangels unbedingt zu erteilenden Einverständnisses des Auftragnehmers hierzu eine gutachterliche Baubegleitung unbedingt stattfinden würde, im übrigen eine solche Baubegleitung möglicherweise zu einer weiteren Verteuerung auf Seiten des dann die Sachverständigenkosten tragenden Auftraggebers führen würde. Nichtsdestotrotz hätte dieses Versicherungsmodell natürlich für den (v.a. privaten) Auftraggeber den Vorteil, dass er mit einem einzigen Sicherungsinstrument in Form einer neu geschaffenen Sachversicherung (beispielsweise als „Bauherrenfertigstellungsversicherung“) einen Großteil seiner Risiken bis zur Baufertigstellung absichern könnte.

B. Empfehlungen und Modifikationsvorschläge zur Baugewährleistungsversicherung

I. Empfehlung: Regelmäßige Kombination der Baugewährleistungsversicherung mit einer insoweit sinnvoll ergänzenden Baufertigstellungsversicherung

Sofern sich die Bauvertragsparteien für die Sicherung über eine Baugewährleistungsversicherung entscheiden, empfiehlt es sich v.a. aus Auftraggebersicht, zusätzlich auf den Abschluss einer kombinierbaren Baufertigstellungsversicherung zu drängen, um jedenfalls im Hinblick auf die Sicherung des Insolvenzrisikos einen nicht nur auf die Verjährungsphase beschränkten Schutz, sondern bereits auch für die Fertigstellungsphase bestehenden Insolvenzschutz zu erhalten, dies unter Inkaufnahme der Erhöhung der Versicherungsprämie (wobei aber auch die von Anfang bestehende gutachterliche Baubegleitung das Mängelrisiko und das damit verbundene Mängelbeseitigungskostenrisiko erheblich reduzieren dürfte).

II. Empfehlung: Kombination der Baugewährleistungsversicherung mit einer Gewährleistungsbürgschaft für die versicherungsrechtlich nicht gedeckten Mängelansprüche des Auftraggebers

Um die o.g. Vorteile der Gewährleistungsbürgschaft gegenüber der Baugewährleistungsversicherung v.a. im Hinblick auf die Sicherung von Schadensersatzansprüchen bzw. von in Ziff. 7 VB BGV (2008) ausgeschlossenen Mängelrechten des Auftraggebers zu nutzen, ist idealerweise eine entsprechende Kombination beider Sicherungsinstrumente unter Reduzierung der Gewährleistungsbürgschaft um die in der Baugewährleistungsversicherung versicherten Risiken zu empfehlen⁵⁸⁶. Diese Kombination hätte natürlich für den Auftraggeber den Vorteil, dass er einen „Maximalschutz“ für einen Großteil seiner Mängelrechte erhielte, dieser unabhängig vom Eintritt der Insolvenz seines Vertragspartners, ebenso reduziert um die Risiken bzw. Nachteile der Baugewährleistungsversicherung im Insolvenzfall (insbesondere nur Ersatz auf Basis der Selbstkosten zu erhalten bzw. sich Selbstbehalte und seitens des Auftragnehmers verursachte Einwendungen etc. entgegenhalten zu müssen). Allerdings muss auch diese Kombinationsmöglichkeit realistischerweise in der Baupraxis eher zurückhaltend bewertet werden, da – wie bereits erwähnt – die Kombination dieser zwei Sicherungsmittel zu einer Verteuerung des Bauvorhabens führt, ggf. nochmals um die

⁵⁸⁶ Steyer, IBR. Informationen Bau-Rationalisierung Jg. 34 Nr. 6 (2005), 16 (18).

Kosten von (idealerweise) zwei weiteren Sicherungsmitteln für die Baufertigstellungsphase (in Form der Baufertigstellungsversicherung kombiniert mit einer ergänzenden Vertragserfüllungsbürgschaft, s.o.) erhöht.

III. Empfehlung: Umgehende Nachversicherung bei Leistungsänderungen bzw. Leistungserweiterungen des (ursprünglich versicherten) Bauvorhabens sowie Zusatzvereinbarung eines Auskunftsrechts bezüglich der gutachterlichen Baubegeleitung

Auch für die Baugewährleistungsversicherung gelten in diesen Punkten die o.g. Empfehlungen zur Baufertigstellungsversicherung.

IV. Modifikationsvorschlag: Transparentere Versicherungsbedingungen in Bezug auf den Insolvenzfall des Auftragnehmers

Sofern über eine Modifikation der Baugewährleistungsversicherung nachgedacht wird, müssten unbedingt transparentere versicherungsrechtliche Regelungen, insbesondere in Bezug auf den Insolvenzfall des Auftragnehmers und den (in den o.g. Punkten rechtsunsicheren) Direktanspruch des Auftraggebers, geschaffen werden: Hierbei ist v.a. an die Risiken des Auftraggebers zu denken, insbesondere dass er möglicherweise im Insolvenzfall eine Erstattung der Mängelbeseitigungskosten lediglich auf Selbstkostenbasis erhält, weiterhin dass das Verhältnis der Eigenbeteiligung des Auftraggebers zum Selbstbehalt des Versicherungsnehmers rechtlich unklar ist und dass dem Auftraggeber das versicherungsrechtliche Risiko droht, sein einziges Sicherungsmittel möglicherweise aufgrund eines Fehlverhaltens des Auftragnehmers bzw. bei Übergang dessen Unternehmens auf einen Dritten zu verlieren, ganz abgesehen von dem nicht eindeutigen Einwendungsverzicht des Versicherers auf § 334 BGB. Bedauerlicherweise ist gerade letzter Punkt bei der Überarbeitung der VB BGV (2008) nicht eindeutig zugunsten des Auftraggebers geregelt worden, so dass diesbezüglich und auch bezüglich der o.g. Punkte aktueller Handlungsbedarf seitens des Versicherers bestehen dürfte, insbesondere um die Baugewährleistungsversicherung in diesen Punkten zu optimieren und noch konkurrenzfähiger gegenüber der Gewährleistungsbürgschaft zu gestalten.

V. Modifikationsvorschlag: Erweiterung des Versicherungsschutzes der Baugewährleistungsver-sicherung auf einen der Gewährleistungsbürgschaft vergleichbaren Umfang

Weiterhin wäre seitens der Versicherungswirtschaft darüber nachzudenken, ob unter Einbeziehung der Vorteile der Gewährleistungsbürgschaft insgesamt der Versicherungsschutz der Baugewährleistungsver-sicherung auf einen vergleichbaren Umfang annähernd erweitert werden könnte mit dem Vorteil, dass dem Auftraggeber ein äußerst umfangreiches Sicherungsmittel in Form eines Versicherungsproduktes (möglicherweise als Zusatzversicherung) angeboten werden würde. Als Vorbild könnte (erneut) das französische Schadensversicherungsmodell dienen (wobei das Risiko seitens des Versicherers über die steuerbare Höchstgrenze der Versicherungssumme entsprechend begrenzt werden könnte). Allerdings würde auch ein solches Versicherungsmodell zu einer noch weiteren Verteuerung (als schon die Baugewährleistungsver-sicherung in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung) führen.

VI. Modifikationsvorschlag: Einführung eines zusätzlichen Sachversicherungsmodells mit dem Auftraggeber als Versicherungsnehmer

Schließlich wäre auch bei der Baugewährleistungsver-sicherung darüber nachzudenken, ob in entsprechender Anlehnung an das französische Bauversicherungssystem zusätzlich auch dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt werden soll, selbst und auf eigene Kosten das entsprechende Mängelhaftungsrisiko in und außerhalb der Insolvenz versichern zu können; insoweit gilt entsprechend das oben zur Baufertigstellungsversicherung Gesagte. Ob ein solche Sachversicherungsmodell mit dem Auftraggeber als Versicherungsnehmer (beispielsweise als „Bauherrengewährleistungsver-sicherung“) zukünftig seitens der Versicherungswirtschaft (möglicherweise im Zusammenhang mit einer gesetzlich normierten Pflichtsicherung am Bau) angeboten werden wird, bleibt abzuwarten, wäre aber aus Sicht des (v.a. privaten) Auftraggebers erstrebenswert.

7. Kapitel: Ergebnis der Untersuchung

Die Praktikabilität der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung als neuartige Sicherungsinstrumente am Bau ist insgesamt wie folgt zu bewerten:

1. Ausgangspunkt sämtlicher Praktikabilitätsabwägungen ist die anfangs von den Bauvertragsparteien zu klärende Frage nach dem von ihnen beabsichtigten Sicherungszweck des dann zu verwendenden Sicherungsmittels.
2. Ist dieser Zweck zwischen den Beteiligten dem Grunde nach und unter einvernehmlicher Akzeptanz der dann regelmäßig eintretenden Verteuerung des Bauvorhabens geklärt, sind der Baupraxis nachfolgende, ggf. zu kombinierende bzw. modifizierende Sicherungsinstrumente zu empfehlen.
3. Soll das Sicherungsinstrument ausschließlich dem Zweck der Sicherung des Auftraggebers vor der Insolvenz des Auftragnehmers dienen, so sind aus den o.g. systeminternen und -externen Praktikabilitätsgründen die Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung uneingeschränkt empfehlenswert, insbesondere wegen ihrer recht hohen und für die Baupraxis regelmäßig ausreichenden Deckungssummen in Bezug auf die versicherten Risiken.
4. Soll das Sicherungsinstrument neben dem Zweck der Insolvenzsicherung auch der Sicherung von ggf. in der Fertigstellungsphase des Bauvorhabens entstehenden (Verzögerungs-, u.ä.) Schäden dienen, so empfiehlt sich idealerweise aus den o.g. systemmodifizierenden Praktikabilitätsgründen eine Kombination der Baufertigstellungsversicherung mit (mindestens) einer Vertragsstrafenvereinbarung bzw. (optimal) einer Vertragserfüllungsbürgschaft für die versicherungsrechtlich nicht gedeckten, haftungsrechtlichen Ansprüche des Auftraggebers außerhalb der Insolvenz des Auftragnehmers.

5. Soll das Sicherungsinstrument neben dem Zweck der Insolvenzsicherung hauptsächlich der Sicherung der Mängelhaftung des Auftragnehmers im bauvertraglichen Verjährungszeitraum dienen, so ist die Baugewährleistungsversicherung verglichen mit einer Gewährleistungsbürgschaft insoweit vorzugswürdig, als ihr Sicherungsumfang aus der Deckungssumme zur Erreichung einer v.a. vollständigen Nacherfüllung regelmäßig höher als der einer Bürgschaft ist. Allerdings ist wegen der nicht unerheblichen Deckungslücken der Baugewährleistungsversicherung (v.a. aufgrund der (zu) umfangreichen Ausschlussstatbestände) idealerweise deren Kombination mit einer Gewährleistungsbürgschaft für die nicht versicherten Mängelansprüche des Auftraggebers empfehlenswert.

6. Soll das Sicherungsinstrument einen Maximalschutz für einen Großteil der Erfüllungs- und Mängelansprüche des Auftraggebers von der Fertigstellungsphase des Bauvorhabens an bis zum Eintritt der bauvertraglichen Verjährung bieten, so ist dieser Zweck idealerweise aus einer Kumulation der o.g. systeminternen, -externen und -modifizierenden Praktikabilitätsvorteile und zwar in Form einer Kombination der Baufertigstellungsversicherung und der Baugewährleistungsversicherung mit (mindestens) einer Vertragsstrafenvereinbarung bzw. (optimal) einer Vertragserfüllungsbürgschaft sowie zwingend mit einer Gewährleistungsbürgschaft für die nicht versicherten Ansprüche des Auftraggebers erreichbar.

7. Um zukünftig gerade dem letztgenannten Sicherungszweck noch effektiver dienen zu können, bedarf es versicherungsrechtlicher Modifikationen der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung, möglicherweise in Form einer Versicherbarkeit von bislang deckungsrechtlich ausgeschlossenen Schadensersatzansprüchen bzw. einer innovativ zu entwickelnden Versicherungsnehmerstellung (auch) des Auftraggebers.

8. Bei all diesen Praktikabilitätsabwägungen zugunsten von Sicherungsinstrumenten und insbesondere der Baufertigstellungs- und Baugewährleistungsversicherung darf es natürlich aus baupraktischer Sicht nicht unerwähnt bleiben, dass über sämtlichen Sicherungsmitteln das Damoklesschwert der Verteuerung des Bauvorhabens schwebt, sei es bei den Versicherungen durch nicht unerhebliche Versicherungsbeiträge, Sachverständigenkosten etc., sei es bei den Bürgschaften durch Avalkosten etc.. Diese Verteuerung dürfte sich letztendlich

(größtenteils) zu Lasten des Auftraggebers auswirken, der deshalb im Vorfeld seines Bauvorhabens intensiv prüfen sollte, ob und in welchem Umfang er gegenüber dem Auftragnehmer auf eine - aus Sicht dieser Untersuchung regelmäßig zwingend zu empfehlende, gleichzeitig aber auch das Bauvorhaben verteuernde – Sicherung seiner Ansprüche drängen soll.

9. Ist diese Entscheidung sinnvoller Weise zugunsten der Verwendung von Sicherungsmitteln gefallen, so ist als Gesamtergebnis dieser Untersuchung festzuhalten, dass sowohl die Baufertigstellungsversicherung als auch die Baugewährleistungsverversicherung als praktikable und auch (bei Beachtung gewisser Modifikationen) zukunftsfähige Sicherungsinstrumente am Bau empfehlenswert sind.

10. Abschließend bleibt noch der von vorliegender Untersuchung v.a. aufgrund des enormen Sicherungsbedürfnisses am Bau getragene Wunsch, dass in Zukunft der Bekanntheitsgrad der Baufertigstellungsversicherung und der Baugewährleistungsverversicherung (ggf. auch durch eine ausdrücklich im Gesetz bzw. in § 14 VOB/A und § 17 VOB/B aufgenommene Ergänzung der klassischen Sicherungsmittel), aber auch deren baupraktische Bedeutung und Verwendung als neuartige Sicherungsinstrumente im privaten und öffentlichen Bau-sektor stetig zunehmen werden.

Literaturverzeichnis

Bauherren-Schutzbund e.V. Prüfsteine zum Bauvertrag, http://www.bsb-ev.de/fileadmin/template/main/pdf/Flyer_BV.pdf (Stand: 12.05.2008).

Bauherren-Schutzbund e.V. Stellungnahme des Bauherren-Schutzbund e.V. zu den Thesen des Arbeitskreises V (Aktuelles) des 1. Deutschen Baugerichtstages, http://www.bsb-ev.de/fileadmin/template/main/pdf/Presse/Stellungnahme_BSB_Arbeitskreis_V_Baugerichtstag.pdf (Stand: 12.05.2008).

Beckmann, Roland Michael/Matusche-Beckmann, Annemarie (Hrsg.) Versicherungsrechts-Handbuch, München 2004 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch).

Byrd, B. Sharon/Lehmann, Matthias Zitierfibel für Juristen, München 2007.

- Drossart, Ulrich* Das Verhältnis der Gewährleistungsrechte wegen Sachmängel zueinander und zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht beim Bauvertrag, Baurecht und Baupraxis 2004, 356-358.
- Gerhards, Gerhard* Seminar-, Diplom- und Doktorarbeit: Muster und Empfehlungen zur Gestaltung von rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Prüfungsarbeiten, 8. Aufl., Bern, Stuttgart, Wien 1995.
- Heidelberger Kommentar* Kommentar zur Insolvenzordnung, bearb. v. Eickmann, Dieter/Flessner, Axel/Irschlinger, Friedrich u.a., 3. Aufl., Heidelberg 2003 (zitiert: *Heidelberger Kommentar/Bearbeiter*).
- Heidland, Herbert* Der Bauvertrag in der Insolvenz von Auftraggeber und Auftragnehmer, 2. Aufl., Neuwied, München 2003.
- Heiermann, Wolfgang/Riedl, Richard/Rusam, Martin u.a. (Hrsg.)* Handkommentar zur VOB Teile A und B, Rechtsschutz im Vergabeverfahren, 10. Aufl., Wiesbaden 2003 (zitiert: *Heiermann/Riedl/Rusam/Bearbeiter*).

- Henes, Frank/Steyer, Gerhard* Das PPP-Mittelstandsmodell Bau: Abdeckung von Bau- und Betreiberrisiken und deren Auswirkung auf die Finanzierung von PPP-Projekten, IBR. Informationen Bau-Rationalisierung Jg. 36 Nr. 1 (2007), 32-37.
- Hinsch-Timm, Jan* Das neue Versicherungsvertragsgesetz in der anwaltlichen Praxis, Bonn 2008.
- Ingenstau/Korbion* VOB – Teile A und B Kommentar, hrsg. v. Locher, Horst und Vygen, Klaus, 16. Aufl., Neuwied 2007 (zitiert: Ingenstau/Korbion/*Bearbeiter*).
- Jacob, Dieter/Ring, Gerhard/Wolf, Rainer* Freiberger Handbuch zum Baurecht, Bonn, Berlin 2001 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Jacob/Ring/Wolf, Freiberger Handbuch).
- Kapellmann, Klaus/Messerschmidt, Burkhard* (Hrsg.) VOB Teile A und B, Kommentar, München 2007 (zitiert: Kapellmann/Messerschmidt/*Bearbeiter*).
- Kindt, Philipp Heinrich* Die Entwicklung der Décennale in Frankreich und deren Übernahme in den Ländern der arabischen Welt, Karlsruhe 1991.

Kleine-Möller, Nils/Merl, Heinrich/Oelmaier, Winfried Handbuch des privaten Baurechts, 2. Aufl., München 1997 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kleine-Möller/Merl/Oelmaier).

Kniffka, Rolf Das gesetzliche Bauvertragsrecht: ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, <http://www.ibr-online.de> (Stand: 12.06.2007) (zitiert: Kniffka, Bauvertragsrecht).

Kniffka, Rolf/Koeble, Wolfgang Kompendium des Baurechts: Privates Baurecht und Bauprozess, 2. Aufl., München 2004.

Koenen, Andreas Die Kündigung nach § 8 Nr. 2 VOB/B und deren Abrechnungsprobleme, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 202-217.

Korbion, Claus-Jürgen (Hrsg.) Baurecht, Köln 2005 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Korbion, Baurecht).

Kreft, Gerhart Teilbare Leistungen nach § 105 InsO (unter besonderer Berücksichtigung des Bauvertragsrechts), in: Insolvenzrecht in Wissenschaft und Praxis: Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck zum 70. Geburtstag, Köln 2000, 387-403.

- Kuffer, Johann/Wirth, Axel* Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht, 2. Aufl., Köln 2008 (zitiert: Kuffer/Wirth/*Bearbeiter*).
- Lachmann, Andreas/Nieberding, Felix* Insolvenz am Bau: Beratung der Bauvertragsparteien in Krise und Insolvenz, Köln, Berlin, München 2006.
- Locher, Horst/Locher, Ulrich* Das private Baurecht, 7. Aufl., München 2005.
- May, Ulrich* Die Gewährleistungsbürgschaft (Mängelrechtbürgschaft) im Bauvertrag – das von den Bauvertragsparteien Vereinbarte ist nicht stets das vom Bürgen Geschuldete, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 187-203.
- Meier, Frank* Bauversicherungsrecht: Haftungsfragen und Versicherungsschutz für Architekten, Ingenieure und Bauunternehmen, 1. Aufl., Nördlingen 2006.
- Messerschmidt, Burkhard* Einige Gedanken zur neuen Baugewährleistungs-Versicherung, in: Liber amicorum für Gerrit Winter; Karlsruhe 2007, S. 427-440.

- Messerschmidt, Burkhard/Voit, Wolfgang* Privates Baurecht: Kommentar zu §§ 631 ff. BGB, München 2008 (zitiert: Messerschmidt/Voit/*Bearbeiter*).
- Ministerium der Finanzen des Landes Rheinland-Pfalz* Mängelansprüche-Versicherung: Großer Liquiditätsvorteil für Mittelstand und Handwerk (Pressemitteilung vom 20.03.2006), http://www.fm.rlp.de/Aktuelles/Pressemitteilungen/press_e2000.asp?Anzeige=Yes&Index1=311 (Stand: 12.05.2008).
- Ministerium der Finanzen des Landes Rheinland-Pfalz/VHV Vereinigte Haftpflichtversicherung V.a.G.* Deutsch-französisches Bauen 1999: Arbeitshilfe für Bauwirtschaft, Handwerker und Planer, http://www.fm.rlp.de/Bauen/Grenzueberschreitendes_Bauen/pdf/Arbeitshilfe_1999.pdf (Stand: 12.05.2008).
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung* Kommentar zur InsO, hrsg. v. Kirchhof, Hans-Peter/Lwowski, Hans-Jürgen/Stürner, Rolf, München 2002 (zitiert: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung/*Bearbeiter*).
- Nicol, Natascha/Albrecht, Ralf* Wissenschaftliche Arbeiten schreiben mit Word: Formvollendete und normgerechte Examens-, Diplom- und Doktorarbeiten, München 2004.

- Palandt* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, bearb. v. Bassenge, Peter/Brudermüller, Gerd/Diederichsen, Uwe u.a., 67. Aufl., München 2008 (zitiert: Palandt/*Bearbeiter*).
- Prölss, Jürgen/Martin, Anton* Versicherungsvertragsgesetz, 27. Aufl., München 2004 (zitiert: Prölss/Martin/*Bearbeiter*).
- Schmitz, Claus* Die Bauinsolvenz, 4. Aufl., Köln 2007.
- Schwärzel-Peters, Martin* Die Bürgschaft und verwandte Sicherungsmittel im Bauvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung von § 648 a BGB, Esslingen 1997.
- Sinz, Christian* Die Neuregelungen im Werkvertragsrecht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BauR 2002, 181-196.
- Srkal, Thomas* Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland: Kann die neue französische Konzeption als Vorbild für eine künftige deutsche Regelung dienen?, München 1981.
- Steyer, Gerhard* Die Baugewährleistungs-Versicherung als innovative Sicherheit, IBR. Informationen Bau-Rationalisierung Jg. 34 Nr. 6 (2005), 16-18.

- van Bühren, Hubert W.* Handbuch Versicherungsrecht, 3. Aufl., Bonn 2007 (zitiert: *Bearbeiter*, in: van Bühren, Handbuch Versicherungsrecht).
- VHV Vereinigte Haftpflichtversicherung V.a.G.* Erstmals in Deutschland: Die VHV Baugewährleistungs-Versicherung für Bauträger – Kooperation mit TÜV Süddeutschland (Pressemitteilung vom 30.04.2001), http://www.vhv.de/web/1/c/p/20010430_1.jsp (Stand: 12.05.2008).
- Vogel, A. Olrik* Bürgschaften in der Insolvenz, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 218-228.
- Vogel, A. Olrik* Ein weites Feld – Einige Probleme aus der Schnittmenge von Bau- und Insolvenzrecht, Jahrbuch Baurecht 2004, 107-138.
- Voit, Wolfgang* Neue Versicherungsformen am Bau – Die Baufertigstellungs- und die Baugewährleistungsver-sicherung, BauR 2007, Sonderheft 1a, S. 235-246.
- Vorwerk, Volkert* Mängelhaftung des Werkunternehmers und Rechte des Bestellers nach neuem Recht, BauR 2003, 1-13.

- Wellensiek, Tobias* Fortführung des Bauvertrags nach Insolvenzantrag des Auftragnehmers und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, BauR 2005, Sonderheft 1a, S. 186-201.
- Werner, Ulrich/Pastor, Walter* Der Bauprozess, 12. Aufl., München 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess).
- Wirth, Axel (Hrsg.)* Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht, 2. Aufl., Düsseldorf 2005 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Wirth, Darmstädter Baurechtshandbuch Privates Baurecht).
- Zöller* Kommentar zur Zivilprozessordnung, bearb. v. Geimer, Reinhold/Greger, Reinhard/Gummer, Peter u.a., 26. Aufl., Köln 2007 (zitiert: *Zöller/Bearbeiter*).

Anhang

Zwecks besserer Übersichtlichkeit für den Leser werden als Anhang die zitierten „Versicherungsbedingungen für die Baufertigstellungs-Versicherung 2005 und 2008“ und die „Versicherungsbedingungen für die Baugewährleistungs-Versicherung 2005 und 2008“ der VHV Vereinigte Hannoversche Versicherung a.G. sowie die zitierten französischen Gesetze in deutscher Übersetzung wiedergegeben:

Anhang I: Abdruck der zitierten Versicherungsbedingungen

A. Versicherungsbedingungen für die Baufertigstellungs-Versicherung 2005 der VHV Vereinigte Hannoversche Versicherung a.G. (H 078)

1. Gegenstand der Versicherung

1.1 Gegenstand der Versicherung ist das im Versicherungsvertrag bestimmte Bauvorhaben.

1.2 Der Versicherer gewährt im Rahmen dieser Versicherungsbedingungen zu Gunsten des Auftraggebers (Bauherrn) Versicherungsschutz für die nicht vertragsgerechte Erfüllung von Leistungspflichten des Versicherungsnehmers aus dem diesem Versicherungsvertrag zugrunde liegenden Bauvertrag, die auf die Ausführung des Bauvorhabens gerichtet sind.

1.3 Der Vertragspartner des Versicherungsnehmers (Auftraggeber bzw. Bauherr) erwirbt im Versicherungsfall (vgl. Ziff. 2) unmittelbar das Recht, die Versicherungsleistung (vgl. Ziff. 5) an sich zu fordern („Direktanspruch“). Der Versicherer ist berechtigt, an diesen mit befreiender Wirkung zu leisten. Die Rechte und Pflichten des Auftraggebers (Bauherrn) im Versicherungsfall richten sich ausschließlich nach § 9.

2. Versicherungsfall

2.1 Ein Versicherungsfall ist gegeben, wenn der Versicherungsnehmer seine Verpflichtungen aus dem Bauvertrag aufgrund von Insolvenz nicht mehr erfüllen kann.

2.2 Insolvenz im Sinne dieser Versicherungsbedingungen liegt vor, wenn über das Vermögen des Versicherungsnehmers ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt worden ist, und der Auftraggeber (Bauherr) den zugrunde liegenden Werkvertrag gekündigt hat. Erfolgt keine Kündigung des Werkvertrages

durch den Auftraggeber (Bauherrn), tritt der Versicherungsfall nur ein, wenn der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist oder – im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Bauvertrages abgelehnt hat.

3. Umfang des Versicherungsschutzes

3.1 Der Versicherungsschutz umfasst die Prüfung des Versicherungsfalles sowie die Befriedigung begründeter Fertigstellungsansprüche gegen den Versicherungsnehmer.

3.2 Der Umfang der vom Versicherer geschuldeten Leistung beträgt höchstens 20 % der vertraglichen Bau-summe inklusive Mehrwertsteuer, soweit im Versicherungsschein nichts Abweichendes vereinbart worden ist.

4. Dauer des Versicherungsschutzes

4.1 Die Versicherung beginnt zu dem im Versicherungsschein angegebenen Zeitpunkt; dieser Zeitpunkt muss vor der erstmaligen Aufnahme der vertraglich vereinbarten Bautätigkeit des Versicherungsnehmers liegen.

4.2 Die Versicherung endet mit der Abnahme des Bauvorhabens und der Fertigstellung der im Abnahme-protokoll aufgeführten, noch unerledigten Restarbeiten. Sollte keine Abnahme erfolgt sein, endet die Versicherung, spätestens 6 Monate nach Beginn der Benutzung durch den Auftraggeber (Bauherren).

5. Entschädigungsleistungen des Versicherers

5.1 Der Versicherer erstattet im Versicherungsfall (vgl. Ziff. 2) die möglichen Mehrkosten für die vertragsgerechte Erbringung der geschuldeten Leistung (Fertigstellung oder Mängelbeseitigung) bis max. 20 % der im Versicherungsschein dokumentierten Bausumme (vgl. Ziff. 3.2), unter Anrechnung der in der nachfolgenden Ziffer II. genannten Beträge (= „Mehrkostenerstattung“).

5.2 Die Entschädigungsleistung des Versicherers richtet sich nach der Höhe der Kosten, die zur Erfüllung des ursprünglichen Bauvertrages entstehen, abzüglich der Teilbeträge des diesem Versicherungsvertrag zugrunde liegenden Bauvertrages, die der Auftraggeber (Bauherr) nach dem Zahlungsplan des Unternehmers noch hätte zahlen müssen („Sowiesokosten“). Werklohnforderungen, die nach dem Zahlungsplan des Unternehmers bereits fällig gewesen, vom Auftraggeber (Bauherren) aufgrund von Einbehalten wegen Mängeln, Schadenersatzforderungen o. ä. jedoch nicht gezahlt worden sind, sind bei der Feststellung von Mehrkosten zu berücksichtigen. Schadenersatzansprüche oder andere Forderungen des Auftraggebers (Bauherren) gegen den Versicherungsnehmer bleiben hingegen bei der Feststellung von Mehrkosten unberücksichtigt.

5.3 Die Entschädigungsleistung des Versicherers wird mit Nachweis der Ausführung der fehlenden Bauleistung durch Dritte („Fertigstellung“) sowie dem Nachweis der hieraus tatsächlich resultierenden Mehrkosten im Sinne der Ziffer 5.2 durch Zahlung an den mit der Fertigstellung beauftragten Dritten durch den Auftraggeber (Bauherrn) fällig. Die Erstattung der nachgewiesenen fälligen Beträge an den Bauherrn erfolgt dann binnen einer Frist von zwei Wochen. Auf Verlangen wird seitens des Versicherers eine Kostenübernahmeerklärung ausgestellt, sobald der Grund und die Höhe des Anspruches auf Entschädigung vollständig festgestellt sind.

5.4 Im Versicherungsfall beauftragt der Versicherer einen Sachverständigen mit der Feststellung des Bau-Ist-Zustandes und hieraus ggf. abzuleitende Überzahlungen.

6. Nicht versicherte Tatbestände

Nicht versichert sind:

6.1 Folgekosten aufgrund nicht erbrachter Bauvertragsleistungen, wie z. B. Vertragsstrafen, Schadenersatzansprüche oder Verzugschadensleistungen;

6.2 Kosten, die aufgrund nicht vereinbarungsgemäßer Teilzahlungen entstanden sind (z. B. zu frühe Teilzahlung);

6.3 Kosten, die dem Auftraggeber (Bauherrn) dadurch entstanden sind, dass er an den Auftragnehmer Zahlungen für Leistungen getätigt hat, die seitens des Auftragnehmers nach dem tatsächlichen Bautenstand noch nicht erbracht worden sind („Überzahlungen“);

6.4 Ansprüche wegen Sowiesokosten, d. h. von Kosten, die bei ordnungsgemäßer Leistungserfüllung von vornherein angefallen wären;

7. Gutachterliche Baubegleitung und Abnahme des Bauvorhabens

7.1 Das versicherte Bauvorhaben wird durch einen vom Versicherer bestimmten Bausachverständigen in Form von Baustellenbegehungen während der einzelnen Bauphasen durchgehend begleitet. Der Versicherungsnehmer bevollmächtigt den Versicherer, den Bausachverständigen in seinem Namen und auf seine Rechnung zu beauftragen. Die durch die Beauftragung des Bausachverständigen anfallenden Kosten sind vom Versicherungsnehmer zu tragen.

7.2 Nach jeder Baustellenbegehung wird ein Begehungsprotokoll für den Versicherer und den Versicherungsnehmer erstellt, das Prüfumfang und etwaige Mängel dokumentiert.

7.3 Die Schlussabnahme findet zwischen dem Erwerber und dem Versicherungsnehmer statt und muss innerhalb von 12 Monaten nach Fertigstellung des Bauvorhabens erfolgen. Die Schlussabnahme wird durch

den Sachverständigen des Versicherers begleitet. Dabei werden die festgestellten Mängel für den Versicherer in einem Protokoll festgehalten.

7.4 Findet aus Umständen, die der Versicherungsnehmer zu vertreten hat, keine bzw. keine vollständige gutachterliche Baubegleitung statt, so kann der Versicherer von dem Vertrage zurücktreten (Ziff. 8.7 gilt entsprechend).

8. Pflichten und Obliegenheiten des Versicherungsnehmers

8.1.1 Der Eintritt des Versicherungsfalles ist unverzüglich nach bekannt werden der Tatsachen schriftlich beim Versicherer zu melden.

8.1.2 Steht der Abnahmetermin mit dem Auftraggeber (Bauherrn) fest, hat der Versicherungsnehmer den Versicherer bzw. dem von dem Versicherer beauftragten Sachverständigen hierüber unverzüglich zu informieren.

8.1.3 Es ist dem Versicherungsnehmer nicht gestattet, jegliche Erfüllungsansprüche, die gegen ihn erhoben werden, ohne vorherige Zustimmung des Versicherers ganz oder teilweise anzuerkennen oder zu befriedigen oder einen Vergleich über dieselben abzuschließen. Handelt der Versicherungsnehmer dem entgegen, ist der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung aus diesem Versicherungsfall frei, es sei denn, dass nach den Umständen der Versicherte die Befriedigung oder Anerkennung nicht ohne offenbare Unbilligkeit verweigern konnte.

8.1.4 Der Versicherer gilt als bevollmächtigt, alle ihm zur Beilegung oder Abwehr des Erfüllungsanspruchs zweckmäßig erscheinenden Erklärungen abzugeben.

8.1.5 Der Versicherungsnehmer hat die Abtretung seiner Ansprüche aus diesem Versicherungsvertrag gegenüber Dritten dem Versicherer unverzüglich anzuzeigen.

8.2 Wird eine der in Ziffer 8.1 genannten Obliegenheiten verletzt, verliert der Versicherungsnehmer seinen Versicherungsschutz, es sei denn, er hat die Obliegenheit weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verletzt. Bei grob fahrlässiger Verletzung behält der Versicherungsnehmer insoweit seinen Versicherungsschutz, als die Verletzung weder Einfluss auf die Feststellung des Versicherungsfalles noch auf die Bemessung der Leistung gehabt hat. Bezweckt die verletzte Obliegenheit die Abwendung oder Minderung des Versicherungsfalles, behält der Versicherungsnehmer seinen Versicherungsschutz bei grober Fahrlässigkeit insoweit, als der Umfang der Leistungsverpflichtung auch bei Erfüllung der Obliegenheit nicht geringer gewesen wäre.

8.3 Der Versicherungsnehmer oder sein Bevollmächtigter hat bei der Schließung des Vertrages alle ihm bekannten Umstände, die für die Übernahme der Gefahr erheblich sind, dem Versicherer anzuzeigen.

Erheblich sind die Gefahrumstände, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu dem vereinbarten Inhalt abzuschließen, einen Einfluss auszuüben. Ein Umstand, nach welchem der Versicherer ausdrücklich und schriftlich gefragt hat, gilt im Zweifel als erheblich.

8.4.1 Ist die Anzeige eines erheblichen Umstandes unterblieben, so kann der Versicherer von dem Vertrage zurücktreten. Das gleiche gilt, wenn die Anzeige eines erheblichen Umstandes deshalb unterblieben ist, weil sich der Versicherungsnehmer der Kenntnis des Umstandes arglistig entzogen hat.

8.4.2 Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Versicherer den nicht angezeigten Umstand kannte oder wenn die Anzeige ohne Verschulden des Versicherungsnehmers unterblieben ist.

8.4.3 Der Versicherer kann von dem Vertrag auch dann zurücktreten, wenn über einen erheblichen Umstand eine unrichtige Anzeige gemacht worden ist.

8.4.4 Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn die Unrichtigkeit dem Versicherer bekannt war oder die Anzeige ohne Verschulden des Versicherungsnehmers unrichtig gemacht worden ist.

8.5 Hatte der Versicherungsnehmer die Gefahrumstände anhand schriftlicher, von dem Versicherer gestellter Fragen anzuzeigen, kann der Versicherer wegen unterbliebener Anzeige eines Umstandes, nach welchem nicht ausdrücklich gefragt worden ist, nur im Fall arglistiger Verschweigung zurücktreten.

8.6 Wird der Vertrag von einem Bevollmächtigten oder von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossen, so kommt für das Rücktrittsrecht des Versicherers nicht nur die Kenntnis und die Arglist des Vertreters, sondern auch die Kenntnis und Arglist des Versicherungsnehmers in Betracht. Der Versicherungsnehmer kann sich darauf, dass die Anzeige eines erheblichen Umstandes ohne Verschulden unterblieben oder unrichtig gemacht ist, nur berufen, wenn weder dem Vertreter noch ihm selbst ein Verschulden zur Last fällt.

8.7 Der Rücktritt kann nur innerhalb eines Monats erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erlangt. Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Versicherungsnehmer. Im Fall des Rücktritts sind, soweit das Versicherungsvertragsgesetz nicht in Ansehung des Beitrages ein anderes bestimmt, beide Teile verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren; eine Geldsumme ist von dem Zeitpunkt des Empfanges an zu verzinsen. Der Versicherer behält aber seinen Anspruch auf den Teil des Betrages, der der im Zeitpunkt des Rücktritts abgelaufenen Vertragszeit entspricht.

8.8 Tritt der Versicherer zurück, nachdem der Versicherungsfall eingetreten ist, so bleibt seine Verpflichtung zur Leistung gleichwohl bestehen, wenn der Umstand, in Ansehung dessen die Anzeigepflicht verletzt

ist, keinen Einfluss auf den Eintritt des Versicherungsfalles und auf den Umfang der Leistung des Versicherers gehabt hat.

8.9 Das Recht des Versicherers, den Vertrag wegen arglistiger Täuschung über Gefahrumstände anzufechten, bleibt unberührt.

9. Beitragsberechnung, Beitragszahlung

9.1 Der einmalige Beitrag wird aus der Bausumme des Bauvorhabens (ohne etwaige Grundstückskosten) berechnet, die der Versicherungsnehmer dem Versicherer bei Anmeldung des Bauvorhabens mitteilt.

9.2 Der Versicherungsschutz beginnt – vorbehaltlich einer anderen Vereinbarung – mit der Einlösung des Versicherungsscheins durch Zahlung des Beitrags, zu dem auch die Kosten (z. B. die Ausfertigungsgebühr) und etwaige öffentliche Abgaben (z. B. die Versicherungssteuer) gehören. Der einmalige Beitrag wird – wenn nichts anderes vereinbart ist – sofort nach Abschluss des Versicherungsvertrages fällig. Wird der Beitrag nicht rechtzeitig gezahlt, so ist der Versicherer, solange die Zahlung nicht bewirkt ist, berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten. Dem Versicherer steht in diesem Fall ein Anspruch auf Erstattung seiner aus diesem Versicherungsverhältnis entstandenen Kosten, insbesondere der angefallenen Sachverständigenkosten, zu. Es gilt als Rücktritt, wenn der Anspruch auf den Beitrag nicht innerhalb von drei Monaten vom Fälligkeitstage an gerichtlich geltend macht. Ist der Beitrag zur Zeit des Eintritts des Versicherungsfalles noch nicht gezahlt, so ist der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei. Wird der Beitrag erst nach dem als Beginn der Versicherung festgesetzten Zeitpunkt eingefordert, alsdann aber ohne Verzug gezahlt, so beginnt der Versicherungsschutz mit dem vereinbarten Zeitpunkt.

10. Rechtsstellung des Bauherren im Insolvenzfall des Versicherungsnehmers

10.1 Der Auftraggeber (Bauberr) erwirbt im Versicherungsfall (vgl. Ziff. 2) unmittelbar das Recht, die Versicherungsleistung (vgl. Ziff. 5) an sich zu fordern (vgl. Ziff. 1.3). Er erwirbt dieses Recht mit Übergabe des in der nachfolgenden Ziff. 10.2 genannten Zertifikates.

10.2 Das Bestehen des Versicherungsvertrages wird gegenüber dem Auftraggeber (Bauherrn) in einem Zertifikat dokumentiert. Sämtliche Rechte und Pflichten des Auftraggebers (Bauherrn) ergeben sich aus diesem Zertifikat. Der Versicherer verzichtet gegenüber dem Auftraggeber (Bauherrn) insofern auf Einwendungen, die ihm gegenüber dem Versicherungsnehmer aus dem zugrunde liegenden Versicherungsvertrag zustehen (vgl. § 334 BGB), soweit diese nicht im Zertifikat genannt sind.

10.3 Der Auftraggeber (Bauberr) hat dem Versicherer den Anfall von Mehrkosten (vgl. Ziff. 5.2), die tatsächliche Ausführung der fehlenden Bauleistung durch Dritte („Fertigstellung“) sowie die Zahlung des Werklohnes an den mit der Fertigstellung beauftragten Dritten nachzuweisen. Der Auftraggeber ist ver-

pflichtet, für jedes auszuführende Gewerk drei verschiedene Angebote einzuholen oder die voraussichtlichen Kosten der Werkleistung mit dem vom Versicherer beauftragten Sachverständigen abzusprechen. Verletzt der Auftraggeber seine diesbezüglichen Pflichten, ist der Versicherer berechtigt, die Entschädigungsleistung auf den Betrag zu reduzieren, der von einem unabhängigen Sachverständigen als angemessener Werklohn für das ausgeführte Gewerk festgestellt wird.

10.4 Auf Verlangen wird seitens des Versicherers eine Kostenübernahmeerklärung ausgestellt, sobald der Grund und die Höhe des Anspruches auf Entschädigung vollständig festgestellt sind.

10.5 Die Ansprüche aus diesem Versicherungsvertrag verjähren in zwei Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem die Leistung verlangt werden kann. Ist ein Anspruch des Auftraggebers (Bauherrn) bei dem Versicherer angemeldet worden, zählt der Zeitraum von der Anmeldung bis zum Zugang der schriftlichen Entscheidung des Versicherers bei der Fristberechnung nicht mit.

10.6 Hat der Versicherer den Versicherungsschutz abgelehnt, so besteht kein Anspruch auf Versicherungsschutz, wenn der Auftraggeber (Bauherr) diesen nicht innerhalb von sechs Monaten gerichtlich geltend macht. Die Frist beginnt mit dem Zugang der schriftlichen Ablehnung des Versicherers. Die Rechtsfolgen der Fristversäumnis treten nur ein, wenn der Versicherer dabei auf die Notwendigkeit der fristgerechten gerichtlichen Geltendmachung hingewiesen hat.

10.7 Für Klagen gegen den Versicherer bestimmt sich die gerichtliche Zuständigkeit nach dem Sitz des Versicherers.

11. Geltungsbereich

Der in diesen Bedingungen definierte Versicherungsschutz wird für Bauleistungen nach deutschem bautechnischem Regelwerk innerhalb der Bundesrepublik Deutschland gewährt.

12. Betriebsübergang auf einen Dritten

12.1 Wird das versicherte Unternehmen an einen Dritten veräußert, tritt dieser an Stelle des Versicherungsnehmers in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Versicherungsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein.

12.2 Dies gilt auch, wenn das versicherte Unternehmen aufgrund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrages oder eines ähnlichen Rechtsgeschäftes von einem Dritten übernommen wird.

12.3 Die Vorschriften der §§ 70,71 VVG finden entsprechende Anwendung.

13. Gerichtsstände

13.1 Für Klagen aus dem Versicherungsvertrag gegen den Versicherer bestimmt sich die gerichtliche Zuständigkeit nach dem Sitz des Versicherers oder seiner für den Versicherungsvertrag zuständigen Niederlassung. Hat ein Versicherungsagent am Zustandekommen des Vertrages mitgewirkt, ist auch das Gericht des Ortes zuständig, an dem der Versicherungsagent zur Zeit der Vermittlung oder des Abschlusses seine gewerbliche Niederlassung oder – bei Fehlen einer gewerblichen Niederlassung – seinen Wohnsitz hatte.

13.2 Klagen des Versicherers gegen den Versicherungsnehmer können bei dem für den Wohnsitz des Versicherungsnehmers zuständigen Gericht erhoben werden. Soweit es sich bei dem Vertrag um eine betriebliche Versicherung handelt, kann der Versicherer seine Ansprüche auch bei dem für den Sitz oder die Niederlassung des Versicherungsnehmers zuständigen Gericht geltend machen.

14. Anzeigen und Willenserklärungen

14.1 Alle für den Versicherer bestimmten Anzeigen und Erklärungen sind schriftlich abzugeben. Sie sollen an die Hauptverwaltung des Versicherers oder an die im Versicherungsschein oder in dessen Nachträgen als zuständig bezeichnete Geschäftsstelle gerichtet werden. Die Vertreter sind zu deren Entgegennahme nicht bevollmächtigt.

14.2 Hat der Versicherungsnehmer eine Änderung seiner Anschrift dem Versicherer nicht mitgeteilt, genügt für eine Willenserklärung, die dem Versicherungsnehmer gegenüber abzugeben ist, die Absendung eines eingeschriebenen Briefes an die letzte dem Versicherer bekannte Anschrift. Die Erklärung wird zu dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie ohne die Anschriftenänderung bei regelmäßiger Beförderung dem Versicherungsnehmer zugegangen sein würde.

15. Bedingungsanpassung

15.1 Einzelne Bedingungen können mit Wirkung für bestehende Versicherungsverträge geändert, ergänzt oder ersetzt werden,

- wenn eine Rechtsvorschrift eingeführt oder geändert wird, die diese Bedingungen betrifft oder auf der diese beruhen,*
- bei einer diese Bedingungen unmittelbar betreffenden neuen oder geänderten höchstrichterlichen Rechtsprechung,*
- wenn ein Gericht einzelne Bedingungen rechtskräftig für unwirksam erklärt oder*
- wenn die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht diese Bedingungen durch Verwaltungsakt als mit geltendem Recht nicht vereinbar beanstandet und den Versicherer zur Abänderung auffordert*

und dadurch eine durch gesetzliche Bestimmungen nicht zu schließende Vertragslücke entstanden ist und das Verhältnis Beitragsleistung und Versicherungsschutz in nicht unbedeutendem Maße gestört wird.

Dies gilt nur für Bedingungen, die folgende Bereiche betreffen:

- Umfang des Versicherungsschutzes;*
- Deckungsausschlüsse und*
- Pflichten des Versicherungsnehmers und der Versicherten.*

15.2 Die geänderten Bedingungen dürfen den Versicherungsnehmer als einzelne Regelung und im Zusammenwirken mit anderen Bedingungen des Vertrages nicht schlechter stellen als die ursprüngliche Regelung.

15.3 Die geänderten, ergänzten oder ersetzten Bedingungen sind dem Versicherungsnehmer schriftlich bekannt zu geben und Inhalt und Grund der Änderung zu erläutern. Sie gelten als genehmigt, wenn der Versicherungsnehmer nicht innerhalb von zwei Monaten nach Bekanntgabe schriftlich widerspricht. Hierauf wird er bei der Bekanntgabe ausdrücklich hingewiesen. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerspruches. Bei fristgemäßem Widerspruch treten die Änderungen nicht in Kraft.

B. Versicherungsbedingungen für die Baufertigstellungs-Versicherung 2008 der VHV Vereinigte Hannoversche Versicherung a.G. (in der Fassung vom 26.01.2008) (H 080)

1. Gegenstand der Versicherung

1.1 Versichert ist das im Versicherungsvertrag bestimmte Bauvorhaben.

1.2 Der Versicherer stellt für den Fall der Insolvenz (siehe Ziff. 2.2) des Versicherungsnehmers zu Gunsten seines Auftraggebers (Bauherren) Versicherungsschutz für die Nichterfüllung oder die nicht vertragsgerechte Erfüllung von Leistungspflichten zur Verfügung. Gegenstand des Versicherungsschutzes sind ausschließlich Leistungspflichten des Versicherungsnehmers aus dem diesem Versicherungsvertrag zugrunde liegenden Bauvertrag, die auf die Ausführung des Bauvorhabens gerichtet sind.

1.3 Der Auftraggeber (Bauherr) erwirbt im Versicherungsfall (siehe Ziff. 2) unmittelbar das Recht, die Versicherungsleistung (siehe Ziff. 6) an sich zu fordern (Direktanspruch). Der Versicherer ist berechtigt, an den Auftraggeber (Bauherren) mit befreiender Wirkung zu leisten. Die Rechte und Pflichten des Auftraggebers (Bauherren) im Versicherungsfall richten sich ausschließlich nach Ziff. 10.

2. Versicherungsfall

2.1 Ein Versicherungsfall ist gegeben, wenn der Versicherungsnehmer seine Verpflichtungen aus dem Bauvertrag aufgrund von Insolvenz nicht mehr erfüllen kann.

2.2 Insolvenz im Sinne dieser Versicherungsbedingungen liegt vor, wenn über das Vermögen des Versicherungsnehmers ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt worden ist. Die Voraussetzung für die Gewährung des Versicherungsschutzes ist jedoch, dass der Auftraggeber (Bauherr) den zugrunde liegenden Werkvertrag gekündigt hat. Erfolgt keine Kündigung des Werkvertrages durch den Auftraggeber (Bauherren), hat dieser nur dann einen Anspruch auf Entschädigungsleistungen, wenn der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist oder – im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Bauvertrages abgelehnt hat.

3. Umfang des Versicherungsschutzes

3.1 Der Versicherungsschutz umfasst die Prüfung sowie die Befriedigung berechtigter Fertigstellungs- und Mangelbeseitigungsansprüche gegen den Versicherungsnehmer.

3.2 Für den Umfang der vom Versicherer geschuldeten Leistung bildet die im Versicherungsschein vereinbarte Versicherungssumme die Obergrenze.

4. Geltungsbereich der Versicherung

Der Versicherungsschutz besteht für Bauleistungen, die nach deutschem bautechnischem Regelwerk innerhalb der Bundesrepublik Deutschland erbracht werden.

5. Dauer des Versicherungsschutzes

5.1 Der Versicherungsschutz beginnt – vorbehaltlich vertragsgemäßer Beitragszahlung (siehe Ziff. 9) – zu dem im Versicherungsschein angegebenen Zeitpunkt, spätestens mit dem tatsächlichen Beginn der vertraglich geschuldeten Bauarbeiten durch den Versicherungsnehmer.

5.2 Der Versicherungsschutz endet mit der Abnahme des Bauvorhabens (förmliche Schlussabnahme) sowie der Fertigstellung der im Abnahmeprotokoll aufgeführten noch unerledigten Restarbeiten und der Beseitigung der im Abnahmeprotokoll festgehaltenen Mängel, spätestens 6 Monate nach der Abnahme. Nimmt der Auftraggeber (Bauherr) das versicherte Bauobjekt in Gebrauch und findet eine förmliche Schlussabnahme nicht statt, gilt die Ingebrauchnahme als Abnahme im Sinne dieser Versicherung. Der Versicherungsschutz endet in diesem Fall mit der Fertigstellung der in Behebungsprotokollen (siehe Ziff. 8.1) aufgeführten noch unerledigten Restarbeiten und der Beseitigung der in diesen Protokollen festgehaltenen Mängel, spätestens 6 Monate nach der Ingebrauchnahme. Der Versicherungsschutz für das versicherte Bauvorhaben

endet ferner, wenn innerhalb von 12 Monaten nach Fertigstellung keine Abnahme im Sinne der Absätze 1 oder 2 stattgefunden hat.

6. Entschädigungsleistungen des Versicherers

6.1 Der Versicherer erstattet im Versicherungsfall (siehe Ziff. 2) die möglichen Mehrkosten für die vertragsgerechte Erbringung der geschuldeten Leistung (Fertigstellung oder Mangelbeseitigung) im Rahmen der im Versicherungsschein dokumentierten Versicherungssumme (siehe Ziff. 3.2), unter Anrechnung der in der nachfolgenden Ziffer 6.2 genannten Beträge (Mehrkostenerstattung).

6.2 Die Entschädigungsleistung des Versicherers richtet sich nach der Höhe der Kosten, die zur Erfüllung des ursprünglichen Bauvertrages entstehen, abzüglich der Teilbeträge des diesem Versicherungsvertrag zugrunde liegenden Bauvertrages, die der Auftraggeber (Bauherr) nach dem Zahlungsplan des Unternehmers noch hätte zahlen müssen (Sowiesokosten). Werklohnforderungen, die nach dem Zahlungsplan des Unternehmers bereits fällig gewesen, vom Auftraggeber (Bauherren) aufgrund von Einbehalten wegen Mängel, Schadenersatzforderungen o. ähnl. jedoch nicht gezahlt worden sind, sind bei der Feststellung von Mehrkosten zu berücksichtigen. Schadenersatzansprüche oder andere Forderungen des Auftraggebers (Bauherren) gegen den Versicherungsnehmer bleiben hingegen bei der Feststellung von Mehrkosten unberücksichtigt.

6.3 Die Entschädigungsleistung des Versicherers wird mit Nachweis der Ausführung der fehlenden Bauleistung (Fertigstellung) oder der Beseitigung von Mängeln durch Dritte, sowie dem Nachweis der hieraus tatsächlich resultierenden Mehrkosten im Sinne der Ziffer 6.2 durch Zahlung an den mit der Fertigstellung oder Mangelbeseitigung beauftragten Dritten durch den Auftraggeber (Bauherren) fällig. Die Erstattung der nachgewiesenen fälligen Beträge an den Bauherren erfolgt dann binnen einer Frist von zwei Wochen. Auf Verlangen wird vom Versicherer eine Kostenübernahmeerklärung ausgestellt, sobald der Grund und die Höhe des Anspruches auf Entschädigung vollständig festgestellt sind.

6.4 Im Versicherungsfall beauftragt der Versicherer auf eigene Kosten einen Sachverständigen mit der Feststellung des Bauten-Ist-Zustandes und der hieraus ggf. abzuleitenden Überzahlungen.

7. Nicht versicherte Tatbestände

Nicht versichert sind:

7.1 Folgekosten aufgrund nicht oder nicht vertragsgerecht erbrachter Bauvertragsleistungen, wie z. B. Vertragsstrafen, Schadenersatzansprüche oder Verzugschadensleistungen;

7.2 Kosten, die aufgrund nicht vereinbarungsgemäßer Teilzahlungen entstanden sind (z. B. zu frühe Teilzahlung);

7.3 Kosten, die dem Auftraggeber (Bauherren) dadurch entstanden sind, dass er an den Auftragnehmer Zahlungen für Leistungen getätigt hat, die seitens des Auftragnehmers nach dem tatsächlichen Bautenstand noch nicht erbracht worden sind (Überzahlungen);

7.4 Ansprüche wegen Kosten, die bei ordnungsgemäßer Leistungserfüllung von vornherein angefallen wären (Sowiesokosten).

8. Gutachterliche Baubegleitung und Abnahme des Bauvorhabens

8.1 Das versicherte Bauvorhaben wird durch einen vom Versicherer bestimmten Bausachverständigen in Form von Baustellenbegehungen, die nach Abschluss bestimmter Bauphasen durchgeführt werden, begleitet. Die letzte Baubegehung ist nach Fertigstellung der Bauleistungen, spätestens jedoch mit der förmlichen Schlussabnahme zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Auftraggeber (Bauherr) durchzuführen (siehe Ziff. 8.2).

8.1.1 Der Versicherungsnehmer bevollmächtigt den Versicherer, den Bausachverständigen in seinem Namen und auf seine Rechnung zu beauftragen. Die durch die Beauftragung des Bausachverständigen anfallenden Kosten sind vom Versicherungsnehmer zu tragen.

8.1.2 Die Anzahl der im Einzelfall durchzuführenden Baustellenbegehungen und der jeweilige Prüfumfang werden zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer abgestimmt.

8.1.3 Nach jeder Baustellenbegehung wird durch den Bausachverständigen ein Begehungsprotokoll für den Versicherer und den Versicherungsnehmer erstellt, das den Prüfumfang und etwaige Mängel sowie noch ausstehende Restarbeiten dokumentiert.

8.2 Innerhalb von 12 Monaten nach Fertigstellung der Bauleistung ist zwischen dem Auftraggeber (Bauherr) und dem Versicherungsnehmer eine förmliche Schlussabnahme durchzuführen. Die dabei festgestellten Mängel und noch ausstehende Restarbeiten werden in einem Protokoll festgehalten. Wird das Bauobjekt durch den Auftraggeber (Bauherr) in Gebrauch genommen und findet eine förmliche Schlussabnahme nicht statt, gilt die Ingebrauchnahme als Abnahme im Sinne der Ziff. 1.2 und 5.2. In diesem Fall bilden die Feststellungen der Baubegehungsprotokolle (siehe Ziff. 8.1) die Grundlage für den materiellen Versicherungsschutz aus dieser Versicherung.

8.3 Findet aus Umständen, die der Versicherungsnehmer zu vertreten hat, keine oder keine vollständige Baubegleitung i. S. der Ziff. 8.1 statt, kann der Versicherer den Versicherungsvertrag fristlos kündigen (siehe Ziff. 13).

9. Beitragsberechnung, Beitragszahlung, Beginn des Versicherungsschutzes, Folgen der Nichtzahlung oder der nicht rechtzeitigen Zahlung, Beitragsrückerstattung

9.1 Der einmalige Beitrag wird aus der Bausumme des Bauvorhabens (ohne etwaige Grundstückskosten) berechnet, die der Versicherungsnehmer dem Versicherer bei der Anmeldung des Bauvorhabens mitteilt.

9.2 Der einmalige Beitrag wird – wenn nichts anderes vereinbart ist – unverzüglich nach Ablauf von zwei Wochen nach Zugang des Versicherungsscheins fällig, jedoch nicht vor dem im Versicherungsschein angegebenen Versicherungsbeginn.

9.3 Der Versicherungsschutz beginnt – vorbehaltlich einer anderen Vereinbarung – zu dem im Versicherungsschein angegebenen Zeitpunkt, wenn der Versicherungsnehmer den einmaligen Beitrag rechtzeitig im Sinne der Ziffer 9.2 zahlt. Der in Rechnung gestellte Beitrag enthält die Versicherungssteuer, die der Versicherungsnehmer in der jeweils vom Gesetz bestimmten Höhe zu entrichten hat. Wird der einmalige Beitrag erst nach dem als Beginn der Versicherung festgesetzten Zeitpunkt eingefordert, alsdann aber ohne Verzug gezahlt, beginnt der Versicherungsschutz mit dem vereinbarten Zeitpunkt.

9.4 Zahlt der Versicherungsnehmer den einmaligen Beitrag nicht rechtzeitig, sondern zu einem späteren Zeitpunkt, beginnt der Versicherungsschutz erst ab diesem Zeitpunkt. Dies gilt nicht, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass er die Nichtzahlung nicht zu vertreten hat. Für Versicherungsfälle, die bis zur Zahlung des Beitrags eintreten, ist der Versicherer nur dann nicht zur Leistung verpflichtet, wenn er den Versicherungsnehmer durch gesonderte Mitteilung in Textform oder durch einen auffälligen Hinweis im Versicherungsschein auf diese Rechtsfolge der Nichtzahlung des Beitrags aufmerksam gemacht hat.

9.5 Zahlt der Versicherungsnehmer den Beitrag nicht rechtzeitig, kann der Versicherer vom Vertrag zurücktreten, solange der Beitrag nicht gezahlt ist. Der Versicherer kann nicht zurücktreten, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass er die Nichtzahlung nicht zu vertreten hat. Dem Versicherer steht im Fall eines Rücktritts ein Anspruch auf Erstattung seiner aus diesem Versicherungsverhältnis entstandenen Verwaltungskosten in Höhe von 30 % des Versicherungsbeitrages, maximal jedoch 1.500 EUR, zu.

9.6 Ist die Einziehung des Beitrags von einem Konto vereinbart, gilt die Zahlung als rechtzeitig, wenn der Beitrag zum Fälligkeitstag eingezogen werden kann und der Versicherungsnehmer einer berechtigten Einziehung nicht widerspricht. Konnte der fällige Beitrag ohne Verschulden des Versicherungsnehmers vom Versicherer nicht eingezogen werden, ist die Zahlung auch dann noch rechtzeitig, wenn sie unverzüglich

nach einer in Textform abgegebenen Zahlungsaufforderung des Versicherers erfolgt. Kann der fällige Beitrag nicht eingezogen werden, weil der Versicherungsnehmer die Einzugsermächtigung widerrufen hat, oder hat der Versicherungsnehmer aus anderen Gründen zu vertreten, dass der Beitrag wiederholt nicht eingezogen werden kann, ist der Versicherer berechtigt, künftig Zahlung außerhalb des Lastschriftverfahrens zu verlangen. Der Versicherungsnehmer ist zur Übermittlung des Beitrages erst verpflichtet, wenn er vom Versicherer hierzu in Textform aufgefordert worden ist.

10. Rechtsstellung des Bauherren bei Insolvenz des Versicherungsnehmers

10.1 Das Bestehen des Versicherungsvertrages wird gegenüber dem Auftraggeber (Bauherren) in einem Zertifikat dokumentiert. Die Rechte und Pflichten des Auftraggebers (Bauherren) ergeben sich aus diesem Zertifikat. Der Versicherer verzichtet gegenüber dem Auftraggeber (Bauherren) insofern auf Einwendungen, die ihm gegenüber dem Versicherungsnehmer aus dem zugrunde liegenden Versicherungsvertrag zustehen (vgl. § 334 BGB), soweit diese nicht im Zertifikat genannt sind. Wird der Versicherungsvertrag vorzeitig beendet (z. B. durch Rücktritt, Kündigung oder Anfechtung), informiert der Versicherer den Auftraggeber (Bauherren) entsprechend.

10.2 Der Auftraggeber (Bauherr) erwirbt im Versicherungsfall (siehe Ziff. 2) unmittelbar das Recht, die Versicherungsleistung (siehe Ziff. 6) an sich zu fordern (siehe Ziff. 1.3). Er erwirbt dieses Recht mit der Übergabe des in der Ziff. 10.1 genannten Zertifikates. Ist die Leistungsverpflichtung des Versicherers gegenüber dem Auftraggeber (Bauherren) festgestellt, hat der Versicherer die fälligen Entschädigungsbeträge binnen zwei Wochen auszuführen.

10.3 Der Auftraggeber (Bauherr) hat dem Versicherer den Versicherungsfall (siehe Ziff. 2) unverzüglich nach Kenntniserlangung anzuzeigen. Verletzt der Auftraggeber (Bauherr) diese Anzeigepflicht vorsätzlich, verliert er seinen Anspruch auf Entschädigungsleistungen (siehe Ziff. 6). Bei grob fahrlässiger Verletzung der Anzeigepflicht ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Auftraggebers (Bauherren) entsprechenden Verhältnis zu kürzen. Weist der Auftraggeber (Bauherr) nach, dass er die Obliegenheit nicht grob fahrlässig verletzt hat, bleibt sein Anspruch auf Entschädigungsleistungen bestehen. Der Versicherungsschutz bleibt auch bestehen, wenn der Auftraggeber (Bauherr) nachweist, dass die Verletzung der Anzeigepflicht keinen Einfluss auf die Feststellung des Umfanges der Fertigstellungs- oder Mangelbeseitigungsarbeiten und der durch den Versicherungsfall bedingten Mehrkosten hatte.

10.4 Nach Eintritt des Versicherungsfalles ist der Auftraggeber (Bauherr) verpflichtet,

10.4.1 den diesem Versicherungsvertrag zugrunde liegenden Bauvertrag zu kündigen;

10.4.2 dem Versicherer eine Auflistung aller an den Versicherungsnehmer für das versicherte Bauvorhaben bis zum Eintritt des Versicherungsfalles (siehe Ziff. 2) bezahlten und aller einbehaltenen Beträge zu übermitteln.

10.5 Der Auftraggeber (Bauherr) ist nach Eintritt des Versicherungsfalles ferner verpflichtet, für jedes auszuführende Gewerk mindestens zwei verschiedene Angebote einzuholen oder die voraussichtlichen Kosten der Werkleistung mit dem vom Versicherer beauftragten Sachverständigen (siehe Ziff. 6.4) abzusprechen. Verletzt der Auftraggeber (Bauherr) seine diesbezüglichen Pflichten, ist der Versicherer berechtigt, die Entschädigungsleistung auf den Betrag zu reduzieren, der von einem Sachverständigen als angemessener Werklohn für das ausgeführte Gewerk festgestellt wird. Der Auftraggeber (Bauherr) hat dem Versicherer den Anfall von Mehrkosten (siehe Ziff. 6.2), die tatsächliche Ausführung der fehlenden Bauleistung durch Dritte (Fertigstellung oder Mangelbeseitigung) sowie die Zahlung des Werklohnes an den mit der Fertigstellung oder Mangelbeseitigung beauftragten Dritten nachzuweisen.

10.6 Auf Verlangen wird vom Versicherer eine Kostenübernahmeerklärung ausgestellt, sobald der Grund und die Höhe des Anspruches auf Entschädigung vollständig festgestellt sind.

11. Pflichten und Obliegenheiten des Versicherungsnehmers

11.1 Vorvertragliche Anzeigepflichten

Der Versicherungsnehmer hat bis zur Abgabe seiner Vertragserklärung dem Versicherer alle ihm bekannten Gefahrumstände in Textform anzuzeigen, nach denen der Versicherer in Textform gefragt hat und die für den Entschluss des Versicherers erheblich sind, den Vertrag mit dem vereinbarten Inhalt zu schließen. Der Versicherungsnehmer ist auch insoweit zur Anzeige verpflichtet, als nach seiner Vertragserklärung, aber vor Vertragsannahme der Versicherer in Textform Fragen im Sinne des Satzes 1 stellt. Gefahrerheblich sind die Umstände, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers Einfluss auszuüben, den Vertrag überhaupt oder mit dem vereinbarten Inhalt abzuschließen. Wird der Vertrag von einem Vertreter des Versicherungsnehmers geschlossen und kennt dieser den gefahrerheblichen Umstand, muss sich der Versicherungsnehmer so behandeln lassen, als habe er selbst davon Kenntnis gehabt oder dies arglistig verschwiegen.

11.2 Pflichten und Obliegenheiten vor Eintritt des Versicherungsfalles

11.2.1 Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, die Baustellenbegehungen im Sinne der Ziff. 8.1 zu koordinieren und die Abnahme im Sinne der Ziff. 8.2 durchzuführen. In diesem Zusammenhang ist er auch für die Abstimmung der Begehungstermine mit dem Bausachverständigen verantwortlich und hat durch entsprechende Anweisung an das Bauleitungspersonal sicherzustellen, dass die Baustellenbegehungen

termingerecht stattfinden. Wird das versicherte Bauobjekt in Gebrauch genommen, ohne dass die förmliche Schlussabnahme stattfindet, ist der Versicherungsnehmer verpflichtet, dies dem Versicherer unverzüglich anzuzeigen.

11.2.2 Der Versicherungsnehmer ist ferner verpflichtet, dem Versicherer alle nach dem Abschluss des Versicherungsvertrages stattfindenden wesentlichen Änderungen und Erweiterungen des Leistungsumfanges (z. B. Änderung der Statik, der Haus- und Gebäudetechnik und ähnl.) einschließlich der ihm bekannten wesentlichen Änderungen der Eigenleistungen des Auftraggebers (Bauherren) in Textform anzuzeigen. Dies gilt unabhängig davon, ob diese geänderten Leistungen in den Versicherungsschutz eingeschlossen werden sollen oder bedingungsgemäß eingeschlossen sind oder nicht.

11.2.3 Bei Subunternehmerbeauftragung ist der Versicherungsnehmer verpflichtet,

- nur Subunternehmer zu beauftragen, die für die ausgeübte gewerbliche Tätigkeit marktübliche Haftpflichtversicherungen abgeschlossen haben;*
- dem Versicherer auf Anforderung einen Nachweis über das Bestehen der Versicherungen vorzulegen und*
- dem Versicherer auf Aufforderung eine Liste der am Bau beteiligten Subunternehmer mit den jeweiligen Adressen sowie den ausgeführten Gewerken zu diesem Bauvorhaben zu übermitteln.*

11.3 Pflichten und Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalles

Jeder Versicherungsfall (siehe Ziff. 2) ist dem Versicherer unverzüglich anzuzeigen (siehe Ziff. 15).

12. Rechtsfolgen bei Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten

12.1 Rücktritt des Versicherers

12.1.1 Unvollständige und unrichtige Angaben zu den gefahrerheblichen Umständen berechtigen den Versicherer, vom Versicherungsvertrag innerhalb eines Monats zurückzutreten. Dies gilt auch dann, wenn ein Umstand nicht oder nicht richtig angezeigt wurde, weil sich der Versicherungsnehmer der Kenntnis der Wahrheit arglistig entzogen hat.

12.1.2 Der Versicherer hat kein Rücktrittsrecht, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass er oder sein Vertreter die unrichtigen oder unvollständigen Angaben weder vorsätzlich noch grob fahrlässig gemacht hat. Das Rücktrittsrecht des Versicherers wegen grob fahrlässiger Verletzung der Anzeigepflicht besteht nicht, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass der Versicherer den Vertrag auch bei Kenntnis der nicht angezeigten Umstände, wenn auch zu anderen Bedingungen, geschlossen hätte.

12.1.3 Dem Versicherer steht im Falle eines Rücktritts ein Anspruch auf Erstattung seiner aus diesem Versicherungsverhältnis entstandenen Verwaltungskosten in Höhe von 30% des Versicherungsbeitrages, maximal jedoch 1.500 EUR, zu.

12.2 Kündigung oder rückwirkende Vertragsanpassung

12.2.1 Ist das Rücktrittsrecht des Versicherers ausgeschlossen, weil die Verletzung einer Anzeigepflicht weder auf Vorsatz noch auf grober Fahrlässigkeit beruhte, kann der Versicherer den Vertrag unter Einhaltung einer Frist von einem Monat in Schriftform kündigen. Das Kündigungsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass der Versicherer den Vertrag auch bei Kenntnis der nicht angezeigten Umstände, wenn auch zu anderen Bedingungen, geschlossen hätte.

12.2.2 Kann der Versicherer nicht zurücktreten oder kündigen, weil er den Vertrag auch bei Kenntnis der nicht angezeigten Umstände, aber zu anderen Bedingungen, geschlossen hätte, werden die anderen Bedingungen auf Verlangen des Versicherers rückwirkend Vertragsbestandteil. Erhöht sich durch die Vertragsanpassung der Beitrag um mehr als 10% oder schließt der Versicherer die Gefahrsicherung für den nicht angezeigten Umstand aus, kann der Versicherungsnehmer den Vertrag innerhalb eines Monats nach Zugang der Mitteilung des Versicherers fristlos kündigen.

12.3 Ausübung der Rechte nach Ziff. 12.1 und 12.2

Der Versicherer muss die ihm nach Ziff. 12.1. und 12.2 zustehenden Rechte innerhalb eines Monats schriftlich geltend machen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem er von der Verletzung der Anzeigepflicht, die das von ihm geltend gemachte Recht begründet, Kenntnis erlangt. Er hat die Umstände anzugeben, auf die er seine Erklärung stützt, er darf nachträglich weitere Umstände zur Begründung seiner Erklärung abgeben, wenn für diese die Monatsfrist nicht verstrichen ist. Dem Versicherer stehen die Rechte nach Ziff. 12.1 und 12.2 nur zu, wenn er den Versicherungsnehmer durch gesonderte Mitteilung in Textform auf die Folgen einer Anzeigepflichtverletzung hingewiesen hat. Der Versicherer kann sich auf die in den Ziff. 12.1 und 12.2 genannten Rechte nicht berufen, wenn er den nicht angezeigten Gefahrumstand oder die Unrichtigkeit der Anzeige kannte.

12.4 Anfechtung

Das Recht des Versicherers, den Vertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten, bleibt unberührt. Im Fall der Anfechtung steht dem Versicherer ein Anspruch auf Erstattung seiner aus diesem Versicherungsverhältnis entstandenen Verwaltungskosten in Höhe von 30 % des Versicherungsbeitrages, maximal jedoch 1.500 EUR, zu.

13. Rechtsfolgen bei Verletzung von Pflichten und Obliegenheiten vor Eintritt des Versicherungsfalles

Verletzt der Versicherungsnehmer eine Obliegenheit aus diesem Vertrag, die er vor Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllen hat, kann der Versicherer diesen Vertrag innerhalb eines Monats ab Kenntniserlangung von der Obliegenheitsverletzung fristlos kündigen. Der Versicherer hat kein Kündigungsrecht, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass die Obliegenheitsverletzung weder auf Vorsatz noch auf grober Fahrlässigkeit beruhte.

14. Übergang des Unternehmens des Versicherungsnehmers auf einen Dritten

14.1 Übergang des Unternehmens

14.1.1 Wird das Unternehmen des Versicherungsnehmers an einen Dritten veräußert, tritt dieser an Stelle des Versicherungsnehmers in die während der Dauer seines Eigentums sich aus dem Versicherungsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Dies gilt auch, wenn das Unternehmen des Versicherungsnehmers - aufgrund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrages oder eines ähnlichen Rechtsgeschäftes von einem Dritten übernommen wird oder

- nach dem Tod des Inhabers auf die Erben übergeht, soweit diese den Betrieb weiterführen.

14.1.2 Das Versicherungsverhältnis kann in diesem Fall

- durch den Versicherer dem Dritten gegenüber mit einer Frist von einem Monat,

- durch den Dritten dem Versicherer gegenüber mit sofortiger Wirkung

in Schriftform gekündigt werden. Das Kündigungsrecht erlischt, wenn

- der Versicherer es nicht innerhalb eines Monats von dem Zeitpunkt an ausübt, in welchem er vom Übergang auf den Dritten Kenntnis erlangt;

- der Dritte es nicht innerhalb eines Monats nach dem Übergang ausübt, wobei das Kündigungsrecht bis zum Ablauf eines Monats von dem Zeitpunkt an bestehen bleibt, in dem der Dritte von der Versicherung Kenntnis erlangt.

14.1.3 Der Übergang des Unternehmens ist dem Versicherer durch den bisherigen Versicherungsnehmer oder den Dritten unverzüglich in Textform anzuzeigen. Bei einer schuldhaften Verletzung der Anzeigepflicht besteht kein Versicherungsschutz, wenn der Versicherungsfall später als einen Monat nach dem Zeitpunkt eintritt, in dem die Anzeige dem Versicherer hätte zugehen müssen, und der Versicherer den mit dem bisherigen Versicherungsnehmer bestehenden Vertrag mit dem Dritten nicht abgeschlossen hätte. Der

Versicherungsschutz lebt wieder auf und besteht für den Versicherungsfall, der frühestens einen Monat nach dem Zeitpunkt eintritt, in dem der Versicherer von dem Übergang auf den Dritten Kenntnis erlangt. Dies gilt nur, wenn der Versicherer in diesem Monat von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch gemacht hat. Der Versicherungsschutz fällt trotz Verletzung der Anzeigepflicht nicht weg, wenn dem Versicherer der Übergang zu dem Zeitpunkt bekannt war, in dem ihm die Anzeige hätte zugehen müssen.

14.2 Beitragszahlung bei Unternehmensübergang

Endet das Versicherungsverhältnis gemäß Ziff. 14.1.2, steht dem Versicherer ein Anspruch auf Erstattung seiner aus diesem Versicherungsverhältnis entstandenen Verwaltungskosten in Höhe von 30 % des Versicherungsbeitrages, maximal jedoch 1.500 EUR, zu. Wird das Versicherungsverhältnis nach dem Übergang des Unternehmens auf einen Dritten nicht gekündigt, haften der bisherige Versicherungsnehmer und der Dritte für den Versicherungsbeitrag als Gesamtschuldner.

15. Anzeigen und Willenserklärungen

15.1 Alle für den Versicherer bestimmten Anzeigen und Erklärungen sollen an die Hauptverwaltung des Versicherers oder an die im Versicherungsschein oder in dessen Nachträgen als zuständig bezeichnete Geschäftsstelle gerichtet werden.

15.2 Hat der Versicherungsnehmer eine Änderung seiner Anschrift dem Versicherer nicht mitgeteilt, genügt für eine Willenserklärung, die dem Versicherungsnehmer gegenüber abzugeben ist, die Absendung eines eingeschriebenen Briefes an die letzte dem Versicherer bekannte Anschrift. Die Erklärung gilt drei Tage nach der Absendung des Briefes als zugegangen. Dies gilt entsprechend für den Fall einer Namensänderung oder Umfirmierung des Versicherungsnehmers.

15.3 Hat der Versicherungsnehmer die Versicherung für seinen Gewerbebetrieb abgeschlossen, finden bei einer Verlegung der gewerblichen Niederlassung die Bestimmungen der Ziffer 15.2 entsprechende Anwendung.

16. Verjährung

16.1 Die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag verjähren in drei Jahren. Die Fristberechnung richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches.

16.2 Ist ein Anspruch aus dem Versicherungsvertrag bei dem Versicherer angemeldet worden, ist die Verjährung von der Anmeldung bis zu dem Zeitpunkt gehemmt, zu dem die Entscheidung des Versicherers dem Anspruchsteller in Textform zugeht.

17. Zuständiges Gericht

17.1 Für Klagen aus dem Versicherungsvertrag gegen den Versicherer bestimmt sich die gerichtliche Zuständigkeit nach dem Sitz des Versicherers oder seiner für den Versicherungsvertrag zuständigen Niederlassung. Ist der Versicherungsnehmer oder Auftraggeber (Bauherr) eine natürliche Person, ist auch das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk er zur Zeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz oder, in Ermangelung eines solchen, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

17.2 Ist der Versicherungsnehmer oder der Auftraggeber (Bauherr) eine natürliche Person, müssen Klagen aus dem Versicherungsvertrag gegen ihn bei dem Gericht erhoben werden, das für seinen Wohnsitz oder, in Ermangelung eines solchen, den Ort seines gewöhnlichen Aufenthalts zuständig ist. Ist der Versicherungsnehmer oder der Auftraggeber (Bauherr) eine juristische Person, bestimmt sich das zuständige Gericht auch nach seinem Sitz oder seiner Niederlassung. Das gleiche gilt, wenn der Versicherungsnehmer oder Auftraggeber (Bauherr) eine offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder eine eingetragene Partnerschaftsgesellschaft ist.

17.3 Sind der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt des Versicherungsnehmers oder des Auftraggebers (Bauherren) im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht bekannt, bestimmt sich die gerichtliche Zuständigkeit für Klagen aus dem Versicherungsvertrag gegen ihn nach dem Sitz des Versicherers oder seiner für den Versicherungsvertrag zuständigen Niederlassung.

18. Bedingungsanpassung

18.1 Einzelne Bedingungen können mit Wirkung für bestehende Versicherungsverträge geändert, ergänzt oder ersetzt werden,

- wenn eine Rechtsvorschrift eingeführt oder geändert wird, die diese Bedingungen betrifft oder auf der diese beruhen,

- bei einer diese Bedingungen unmittelbar betreffenden neuen oder geänderten höchstrichterlichen Rechtsprechung,

- wenn ein Gericht einzelne Bedingungen rechtskräftig für unwirksam erklärt oder

- wenn die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht diese Bedingungen durch Verwaltungsakt als mit geltendem Recht nicht vereinbar beanstandet und den Versicherer zur Abänderung auffordert

und dadurch eine durch gesetzliche Bestimmungen nicht zu schließende Vertragslücke entstanden ist und das Verhältnis Beitragsleistung und Versicherungsschutz in nicht unbedeutendem Maße gestört wird. Dies gilt nur für Bedingungen, die folgende Bereiche betreffen:

- Umfang des Versicherungsschutzes;

- *Deckungsausschlüsse und*

- *Pflichten des Versicherungsnehmers und der Versicherten.*

18.2 Die geänderten Bedingungen dürfen den Versicherungsnehmer als einzelne Regelung und im Zusammenwirken mit anderen Bedingungen des Vertrages nicht schlechter stellen als die ursprüngliche Regelung.

18.3 Die geänderten, ergänzten oder ersetzten Bedingungen sind dem Versicherungsnehmer schriftlich bekannt zu geben und Inhalt und Grund der Änderung zu erläutern. Sie gelten als genehmigt, wenn der Versicherungsnehmer nicht innerhalb von zwei Monaten nach Bekanntgabe schriftlich widerspricht. Hierauf wird er bei der Bekanntgabe ausdrücklich hingewiesen. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerspruches. Bei fristgemäßem Widerspruch treten die Änderungen nicht in Kraft.

C. Versicherungsbedingungen für die Baugewährleistungs-Versicherung 2005 der VHV Vereinigte Hannoversche Versicherung a.G. (H 077)

1. Gegenstand der Versicherung

1.1 Gegenstand der Versicherung ist das im Versicherungsvertrag bestimmte Bauvorhaben.

1.2.1 Der Versicherer gewährt dem Versicherungsnehmer Versicherungsschutz für Mängel an der Bauleistung, die nach Abnahme der Bauleistung erstmals auftreten und ihm gegenüber geltend gemacht werden, höchstens jedoch fünf Jahre nach Abnahme mit dem Auftraggeber (Bauherr) bzw. Erwerber. Als Bauleistungen gelten Arbeiten jeder Art, durch die ein mit dem Erdboden fest und dauerhaft verbundenes Bauwerk hergestellt, instand gehalten oder geändert wird.

1.2.2 Abnahme im Sinne dieser Versicherung ist die förmliche Schlussabnahme zwischen Versicherungsnehmer und Auftraggeber (Bauherr) bzw. Erwerber. Findet diese nicht statt, so wird die Schlussabnahme durch den Einzug des Auftraggebers (Bauherr) bzw. Erwerbers in das versicherte Bauvorhaben ersetzt.

1.2.3 Die Schlussabnahme ist durch einen vom Versicherer benannten Sachverständigen zu begleiten (vgl. Ziff. 7).

1.2.4 Bauvorhaben/Wohneinheiten, bei denen die Abnahme mit dem Auftraggeber (Bauherren) bzw. Erwerber oder der Bezug erst 12 Monate oder später nach Fertigstellung gemäß Ziffer 9.2 erfolgt, sind nicht Gegenstand der Versicherung.

1.3.1 Versichert sind ausschließlich Mängelansprüche, die auf Nacherfüllung im Sinne von § 635 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) oder auf Mängelbeseitigung im Sinne von § 13 Ziff. 5 Abs. 5 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B) gerichtet sind.

1.3.2 Erfasst sind auch die Kosten, die erforderlich sind, um die mangelhafte Werkleistung zum Zwecke der Mängelbeseitigung zugänglich zu machen und um den vorherigen Zustand wiederherzustellen.

1.3.3 Ist die Beseitigung des Mangels unmöglich, unzumutbar oder mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden und kann der Versicherungsnehmer deswegen die Beseitigung des Mangels verweigern, so fällt auch die angemessene Herabsetzung der Vergütung (Minderung, vgl. § 638 BGB) unter den Versicherungsschutz.

1.3.4 Weitere Mängelansprüche sind nicht Gegenstand der Versicherung.

2. Versicherungsfall

2.1 Versicherungsfall im Sinne dieser Versicherung ist die Geltendmachung von Mängelansprüchen gegen den Versicherungsnehmer (Anspruchserhebung) während der Wirksamkeit der Versicherung.

2.2 Mehrere zeitlich zusammenhängende Mängel aus derselben Ursache gelten im Rahmen eines Bauträger- bzw. Bauvertrages als ein Versicherungsfall.

3. Umfang des Versicherungsschutzes

3.1 Die Leistungspflicht des Versicherers umfasst,

- die Prüfung des Versicherungsfalles,*
- die Befriedigung begründeter Mängelansprüche gegen den Versicherungsnehmer durch Zahlung einer Entschädigung sowie*
- die Abwehr unbegründeter Mängelansprüche gegen den Versicherungsnehmer.*

3.2.1 Kommt es in einem Versicherungsfall zu einem Rechtsstreit über den Anspruch zwischen dem Versicherten und dem Anspruchsteller oder dessen Rechtsnachfolger, so führt der Versicherer auf seine Kosten den Rechtsstreit im Namen des Versicherten. Die Aufwendungen des Versicherers für diese Kosten werden nicht als Leistungen auf die Versicherungssumme angerechnet.

3.2.2 Übersteigen die versicherten Ansprüche die Versicherungssumme, so hat der Versicherer die Prozesskosten nur im Verhältnis der Versicherungssumme zur Gesamthöhe der Ansprüche zu tragen, und zwar auch dann, wenn es sich um mehrere aus einem Versicherungsfall entstehende Prozesse handelt.

3.3 Für Mängelansprüche aus der Teilnahme an Arbeitsgemeinschaften, bei denen die Aufgaben im Innenverhältnis nach Fachgebieten, Teilleistungen oder Bauabschnitten aufgeteilt sind, bleibt die Ersatzpflicht des Versicherers auf die vom Versicherungsnehmer übernommenen Aufgaben beschränkt. Sind die Aufgaben anderweitig aufgeteilt, bleibt die Ersatzpflicht des Versicherers auf die Quote beschränkt, welche der prozentualen Beteiligung des Versicherungsnehmers an der Arbeitsgemeinschaft entspricht. Maßgeblich für die Bewertung der prozentualen Beteiligung ist der Auftragsanteil des Versicherungsnehmers.

3.4 Mitversichert sind Mängelansprüche, die durch einen Subunternehmer oder dessen Erfüllungsgehilfen anlässlich einer im Auftrage des Versicherungsnehmers ausgeführten Tätigkeit verursacht werden. Voraussetzung für die Gewährung des Versicherungsschutzes ist jedoch, dass mit den bauausführenden Firmen vertragliche Vereinbarungen über Verjährungsfristen und Haftung getroffen werden, die zumindest den vertraglichen Vereinbarungen entsprechen, die zwischen Versicherungsnehmer und Auftraggeber (Bauherr) bzw. Erwerber bestehen.

3.5 Für den Umfang der Leistung des Versicherers bildet die im Versicherungsschein angegebene Versicherungssumme die Höchstgrenze für alle Versicherungsfälle, die im Zusammenhang mit dem versicherten Bauvorhaben stehen. Die Entschädigungsleistungen des Versicherers für alle Versicherungsfälle sind auf das Einfache der vereinbarten Versicherungssumme begrenzt.

4. Dauer des Versicherungsschutzes

4.1 Die Versicherung beginnt – vorbehaltlich vertragsgemäßer Beitragszahlung (vgl. Ziff. 9) – zu dem im Versicherungsschein angegebenen Zeitpunkt; dieser Zeitpunkt muss vor der erstmaligen Aufnahme der vertraglich geschuldeten Bautätigkeit des Versicherungsnehmers liegen.

4.2.1 Der Versicherungsschutz für die während der Laufzeit des Versicherungsvertrages abgenommenen Bauleistungen endet mit dem Ablauf der im Bauträger- bzw. Bauvertrag vereinbarten Verjährungsfristen der Mängelansprüche, spätestens jedoch 5 Jahre und 1 Monat nach Abnahme.

4.2.2 Werden während der Verjährungsfrist Mängelbeseitigungsarbeiten ausgeführt, so beginnt der Versicherungsschutz hinsichtlich der Teilleistungen, die Gegenstand der Mängelbeseitigungsarbeiten waren, erneut mit deren Abnahme und endet spätestens 5 Jahre und 1 Monat nach Beendigung des Versicherungsvertrages. Eine erneute Nachbesserung der bereits nachgebesserten Teilleistungen führt nicht mehr zur Verlängerung des Versicherungsschutzes.

4.3 Wenn versicherte Risiken vollständig und dauernd in Wegfall kommen, so erlischt die Versicherung bezüglich dieser Risiken.

5. Entschädigungsleistungen des Versicherers

5.1.1 Sobald die Höhe der Entschädigung festgestellt ist, werden die fälligen Beträge an den Versicherungsnehmer binnen zwei Wochen ausbezahlt, wenn er nachgewiesen hat, dass

– er seinerseits die notwendigen Mängelbeseitigungsarbeiten durchgeführt hat oder

– er die notwendigen Mängelbeseitigungsarbeiten hat durch Dritte durchführen lassen und bezüglich der hieraus resultierenden Kosten in Vorleistung gegangen ist oder

– die Voraussetzungen für eine Minderung (vgl. § 1 Ziffer III.) vorliegen.

5.1.2 Der Versicherer leistet Entschädigung für die Kosten, die aufgewendet werden müssen (Selbstkosten), um den Mangel an dem Bauvorhaben zu beseitigen. Hierzu gehören auch die Kosten, die erforderlich sind, um die mangelhafte Werkleistung zum Zwecke der Mängelbeseitigung zugänglich zu machen und um den vorherigen Zustand wiederherzustellen.

5.1.3 Die Entschädigungsleistung erfolgt ohne Zuschläge für Wagnis und Gewinn sowie allgemeine Geschäftskosten.

5.1.4 Auf Verlangen wird seitens des Versicherers eine Kostenübernahmeerklärung ausgestellt, sobald der Grund und die Höhe des Anspruches auf Entschädigung vollständig festgestellt sind.

5.2 Schadensuchkosten werden – sofern im Versicherungsschein keine anderweitige Vereinbarung getroffen worden ist – im Rahmen der vereinbarten Versicherungssumme bis zu einer Höchstersatzleistung von 30.000 EUR erstattet.

5.3 Die Wertgrenze für Ansprüche wegen optischer Mängel beträgt – sofern im Versicherungsschein keine anderweitige Vereinbarung getroffen worden ist – im Rahmen der vereinbarten Versicherungssumme 30.000 EUR.

5.4 Der Versicherer kann gegen Entschädigungsforderungen eine Forderung, die ihm gegen den Versicherungsnehmer zusteht, insoweit aufrechnen, als sie auf der für den Versicherungsnehmer genommenen Versicherung beruht. Dem Versicherungsnehmer ist die Aufrechnung von Forderungen, die ihm gegen den Versicherer zustehen, gegen eine Beitragsforderung des Versicherers nicht gestattet.

5.5 Der Versicherungsnehmer hat sich mit 10 % an der vom Versicherer anerkannten Entschädigungssumme, mindestens jedoch mit 2.500 EUR einmalig je Versicherungsfall (vgl. Ziff. 2), selbst zu beteiligen, soweit im Versicherungsschein nichts Abweichendes vereinbart worden ist („Selbstbehalt“). Für die Abwehr unberechtigter Mängelansprüche (vgl. Ziff. 3.1) besteht auch unterhalb dieses Selbstbehaltes Versicherungsschutz.

5.6 Die Versicherungsansprüche können vor ihrer endgültigen Feststellung ohne ausdrückliche Zustimmung des Versicherers nicht übertragen werden.

6. Nicht versicherte Tatbestände

Falls im Versicherungsschein oder seinen Nachträgen nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt ist, sind von der Versicherung ausgeschlossen:

6.1 Mängelansprüche des Auftraggebers (Bauherren) bzw. Erwerbers, soweit diese Ansprüche nicht auf Nacherfüllung im Sinne von § 635 BGB, auf Mängelbeseitigung im Sinne von § 13 Ziff. 5 Abs. 5 VOB/B oder – sofern die Beseitigung des Mangels unmöglich, unzumutbar oder mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden ist – auf Minderung gerichtet sind (vgl. Ziff. 1.3.4);

6.2 Ansprüche wegen Mängeln

a) aus dem Versagen von Mess-, Steuerungs-, Sicherungs- und Regeltechnik an haustechnischen Anlagen, wie z.B. Heizungs-, Belüftungs-, Brandschutz-, Klimaanlage u. ä. deren Ursache in einem mangelhaften Produkt liegt;

b) an der Bauleistung durch Baustoffe oder Bauteile, deren Verwendung oder Wirkung im Hinblick auf den konkreten Verwendungszweck nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen, die durch eine zuständige Prüfstelle beanstandet oder vorschriftswidrig noch nicht geprüft worden sind bzw. für die ein Brauchbarkeitsnachweis nicht erbracht worden ist;

c) aus der Verwirklichung des Baugrundrisikos;

d) der Raumakustik;

e) an Außenanlagen einschließlich Bepflanzungen und Aussaat;

f) für die der Versicherungsnehmer eine Leistung aus einem anderen Versicherungsvertrag beanspruchen kann;

g) an Bauvorhaben, bei denen der Versicherungsnehmer zugleich Bauherr ist;

h) an Gewerken, die der Auftraggeber (Bauherr) bzw. Erwerber in Eigenleistung erbracht hat;

i) an der Bauleistung, deren Ursache in einer mangelhaften Planung liegt.

6.3 Ansprüche wegen Schäden, die am sonstigen Vermögen des Auftraggebers (Bauherren) bzw. Erwerbers entstehen (Mangelfolgeschäden);

6.4 Ansprüche, die aus dem Vertragsrücktritt des Auftraggebers (Bauherr) bzw. Erwerbers entstehen;

6.5 Ansprüche aus selbstständigen Garantiezusagen;

6.6 Ansprüche aus Wartungsverträgen;

6.7 Ansprüche, die daraus hergeleitet werden, dass gelieferte Sachen oder Arbeiten mit einem Rechtsmangel behaftet sind, z. B. aus der Verletzung von Patenten, gewerblichen Schutzrechten, Urheberrechten, Persönlichkeitsrechten, Verstößen in Wettbewerb und Werbung;

6.8 Ansprüche aller Personen, die den Mangel vorsätzlich herbeigeführt haben. Bei der Lieferung oder Herstellung von Waren, Erzeugnissen oder Arbeiten steht die Kenntnis von der Mangelhaftigkeit oder Schädlichkeit der Waren usw. dem Vorsatz gleich;

6.9 Ansprüche wegen Schadenverursachung durch ein bewusst gesetz-, vorschrifts- oder sonst pflichtwidriges Verhalten des Versicherten, es sei denn, dass er nach den besonderen Umständen des Falles hinreichend Grund zu der Annahme hatte, die Zuwiderhandlung werde keine Nachteile für den Geschädigten zur Folge haben oder sie werde von dem Geschädigten oder dem sonst Berechtigten genehmigt werden;

6.10 Ansprüche wegen Sonstigeskosten, die bei ordnungsgemäßer Leistungserfüllung von vornherein angefallen wären.

6.11 Ansprüche, die von juristischen Personen geltend gemacht werden, die vom Versicherungsnehmer geleitet werden, oder die ihm gehören oder an denen er beteiligt ist.

6.12 Ansprüche, die von juristischen oder natürlichen Personen geltend gemacht werden, die am Versicherungsnehmer beteiligt sind.

6.13 Ansprüche, die von Angehörigen des Versicherungsnehmers geltend gemacht werden, die mit ihm in häuslicher Gemeinschaft leben oder die zu den im Versicherungsvertrag mitversicherten Personen gehören. Als Angehörige gelten Ehegatten, Lebenspartner im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes oder vergleichbare Partnerschaften nach dem Recht anderer Staaten, Eltern und Kinder, Adoptiveltern und -kinder, Schwiegereltern und -kinder, Stiefeltern und -kinder, Großeltern und Enkel, Geschwister sowie Pflegeeltern und -kinder (Personen, die durch ein familienähnliches, auf längere Dauer angelegtes Verhältnis wie Eltern und Kinder miteinander verbunden sind). Das Gleiche gilt, wenn diese Voraussetzungen gegeben sind:

– in der Person eines Geschäftsführers oder Gesellschafters des Versicherungsnehmers oder

– bei Unternehmen, die von einem Angehörigen (siehe oben) des Versicherungsnehmers, Geschäftsführer oder Gesellschafter des Versicherungsnehmers geleitet werden, die ihnen gehören oder an denen sie beteiligt sind.

7. Gutachterliche Baubegleitung und Abnahme des Bauvorhabens

7.1 Das versicherte Bauvorhaben wird durch einen vom Versicherer bestimmten Bausachverständigen in Form von Baustellenbegehungen während der einzelnen Bauphasen durchgehend begleitet. Der Versicherungsnehmer bevollmächtigt den Versicherer, den Bausachverständigen in seinem Namen und auf seine Rechnung zu beauftragen. Die durch die Beauftragung des Bausachverständigen anfallenden Kosten sind vom Versicherungsnehmer zu tragen.

7.2 Nach jeder Baustellenbegehung wird ein Begehungsprotokoll für den Versicherer und den Versicherungsnehmer erstellt, das Prüfungsfang und etwaige Mängel dokumentiert.

7.3 Die Schlussabnahme findet zwischen dem Erwerber und dem Versicherungsnehmer statt und muss innerhalb von 12 Monaten nach Fertigstellung des Bauvorhabens erfolgen. Die Schlussabnahme wird durch den Sachverständigen des Versicherers begleitet. Dabei werden die festgestellten Mängel für den Versicherer in einem Protokoll festgehalten.

7.4 Findet aus Umständen, die der Versicherungsnehmer zu vertreten hat, keine bzw. keine vollständige gutachterliche Baubegleitung statt, so kann der Versicherer von dem Verträge zurücktreten (§ Ziff. 8.7 gilt entsprechend).

8. Pflichten und Obliegenheiten des Versicherungsnehmers

8.1.1 Werden gegen den Versicherungsnehmer Mängelansprüche erhoben, so ist dieser zur unverzüglichen, schriftlichen Anzeige (§ 16) innerhalb einer Woche nach der Erhebung des Mängelanspruchs verpflichtet.

8.1.2 Wird gegen den Versicherungsnehmer ein Mängelanspruch gerichtlich geltend gemacht, Prozesskostenhilfe beantragt oder wird ihm gerichtlich der Streit verkündet, so hat er außerdem unverzüglich Anzeige zu erstatten. Das Gleiche gilt im Falle eines Arrestes, einer einstweiligen Verfügung oder eines Beweissicherungsverfahrens.

8.1.3 Der Versicherte ist verpflichtet, unter Beachtung der Weisungen des Versicherers nach Möglichkeit für die Abwendung und Minderung des Mangels zu sorgen und alles zu tun, was zur Klarstellung des Versicherungsfalls dient, sofern ihm dabei nichts Unbilliges zugemutet wird. Er hat den Versicherer bei der Abwehr des Mangels sowie bei der Ermittlung des Mangels und Mängelregulierung zu unterstützen, ihm ausführliche und wahrheitsgemäße Mängelberichte zu erstatten, alle Tatumstände, die auf den Versicherungsfall Bezug haben, mitzuteilen und alle den Versicherungsfall betreffenden Schriftstücke einzusenden.

8.1.4 Kommt es zum Rechtsstreit bzw. zu einem selbstständigen Beweisverfahren über den Mängelanspruch, so hat der Versicherungsnehmer die Prozessführung dem Versicherer zu überlassen, dem von dem Versicherer bestellten oder bezeichneten Anwalt Vollmacht und alle von diesem oder dem Versicherer für nötig erachteten Aufklärungen zu geben.

8.1.5 Der Versicherungsnehmer ist nicht berechtigt, ohne vorherige Zustimmung des Versicherers jegliche Mängelansprüche, die gegen ihn erhoben werden, ganz oder zum Teil anzuerkennen oder zu befriedigen oder einen Vergleich über dieselben abzuschließen.

8.1.6 Der Versicherer gilt als bevollmächtigt, alle ihm zur Beilegung oder Abwehr des Mängelanspruchs zweckmäßig erscheinenden Erklärungen im Namen des Versicherungsnehmers abzugeben.

8.2.1 Verletzt der Versicherungsnehmer eine der in Ziff. 8.1 ff. genannten Pflicht bzw. Obliegenheit, so verliert der Versicherungsnehmer seinen Anspruch auf Versicherungsschutz, es sei denn, er hat die Pflicht bzw. Obliegenheit weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verletzt. Bei grob fahrlässiger Verletzung behält der Versicherungsnehmer insoweit seinen Anspruch auf Versicherungsschutz, als die Verletzung weder Einfluss auf die Feststellung des Versicherungsfalles noch auf die Bemessung der Leistung gehabt hat.

8.2.2 Bezweckt die verletzte Pflicht bzw. Obliegenheit die Abwendung oder Minderung des Mangels, behält der Versicherungsnehmer seinen Anspruch auf Versicherungsschutz bei grober Fahrlässigkeit insoweit, als der Umfang der Leistungsverpflichtung auch bei Erfüllung der Obliegenheit nicht geringer gewesen wäre.

8.3 Der Versicherungsnehmer oder sein Bevollmächtigter hat bei der Schließung des Vertrages alle ihm bekannten Umstände, die für die Übernahme der Gefahr erheblich sind, dem Versicherer anzuzeigen. Erheblich sind die Gefahrumstände, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu dem vereinbarten Inhalt abzuschließen, einen Einfluss auszuüben. Ein Umstand, nach welchem der Versicherer ausdrücklich und schriftlich gefragt hat, gilt im Zweifel als erheblich.

8.4.1 Ist die Anzeige eines erheblichen Umstandes unterblieben, so kann der Versicherer von dem Vertrage zurücktreten. Das Gleiche gilt, wenn die Anzeige eines erheblichen Umstandes deshalb unterblieben ist, weil sich der Versicherungsnehmer der Kenntnis des Umstandes arglistig entzogen hat.

8.4.2 Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Versicherer den nicht angezeigten Umstand kannte oder wenn die Anzeige ohne Verschulden des Versicherungsnehmers unterblieben ist.

8.4.3 Der Versicherer kann von dem Vertrag auch dann zurücktreten, wenn über einen erheblichen Umstand eine unrichtige Anzeige gemacht worden ist.

8.4.4 Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn die Unrichtigkeit dem Versicherer bekannt war oder die Anzeige ohne Verschulden des Versicherungsnehmers unrichtig gemacht worden ist.

8.5 Hatte der Versicherungsnehmer die Gefahrumstände anhand schriftlicher, von dem Versicherer gestellter Fragen anzuzeigen, kann der Versicherer wegen unterbliebenen Anzeige eines Umstandes, nach welchem nicht ausdrücklich gefragt worden ist, nur im Fall arglistiger Verschweigung zurücktreten.

8.6 Wird der Vertrag von einem Bevollmächtigten oder von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossen, so kommt für das Rücktrittsrecht des Versicherers nicht nur die Kenntnis und die Arglist des Vertreters, sondern auch die Kenntnis und Arglist des Versicherungsnehmers in Betracht. Der Versicherungsnehmer kann sich darauf, dass die Anzeige eines erheblichen Umstandes ohne Verschulden unterblieben oder unrichtig gemacht ist, nur berufen, wenn weder dem Vertreter noch ihm selbst ein Verschulden zur Last fällt.

8.7 Der Rücktritt kann nur innerhalb eines Monats erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erlangt. Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Versicherungsnehmer. Im Fall des Rücktritts sind, soweit das Versicherungsvertragsgesetz nicht in Ansehung des Beitrages ein anderes bestimmt, beide Teile verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren; eine Geldsumme ist von dem Zeitpunkt des Empfanges an zu verzinsen. Der Versicherer behält aber seinen Anspruch auf den Teil des Betrages, der der im Zeitpunkt des Rücktritts abgelaufenen Vertragszeit entspricht.

8.8 Tritt der Versicherer zurück, nachdem der Versicherungsfall eingetreten ist, so bleibt seine Verpflichtung zur Leistung gleichwohl bestehen, wenn der Umstand, in Ansehung dessen die Anzeigepflicht verletzt ist, keinen Einfluss auf den Eintritt des Versicherungsfalles und auf den Umfang der Leistung des Versicherers gehabt hat.

8.9 Das Recht des Versicherers, den Vertrag wegen arglistiger Täuschung über Gefahrumstände anzufechten, bleibt unberührt.

9. Beitragsberechnung, Beitrag

9.1 Der einmalige Beitrag wird aus der Nettobausumme der werkvertraglich geschuldeten Bauleistung („Nettobausumme aller Einzelgewerke“) berechnet, die der Versicherungsnehmer dem Versicherer bei Anmeldung des Bauvorhabens mitteilt.

9.2 Fällt das Bauvorhaben/die Wohneinheit im Sinne von Ziff.1.2.4 nicht mehr unter den Versicherungsschutz, erfolgt eine Rückerstattung des darauf entfallenden Risikobeitrages abzüglich einer Pauschale für Verwaltungskosten des Versicherers in Höhe von 30%. Die Kosten für bereits erbrachte Leistungen zu diesem Bauvorhaben/dieser Wohneinheit, insbesondere Sachverständigenleistungen, werden nicht erstattet.

9.3.1 Der Versicherungsschutz beginnt – vorbehaltlich einer anderen Vereinbarung – zu dem im Versicherungsschein angegebenen Zeitpunkt, wenn der Versicherungsnehmer den Beitrag rechtzeitig zahlt. Der in Rechnung gestellte Beitrag enthält die Versicherungssteuer, die der Versicherungsnehmer in der jeweils vom Gesetz bestimmten Höhe zu entrichten hat.

9.3.2 Der einmalige Beitrag wird – wenn nichts Anderes vereinbart ist – sofort nach Abschluss des Versicherungsvertrages fällig.

9.3.3 Zahlt der Versicherungsnehmer den Beitrag nicht rechtzeitig, kann der Versicherer vom Vertrag zurücktreten, solange der Beitrag nicht gezahlt ist. Es gilt als Rücktritt, wenn der Versicherer den einmaligen Beitrag nicht innerhalb von drei Monaten nach Abschluss des Vertrages gerichtlich geltend macht. Dem Versicherer steht in diesem Fall ein Anspruch auf Erstattung seiner aus diesem Versicherungsverhältnis entstandenen Verwaltungskosten in Höhe von pauschal 30 % des Versicherungsbeitrages zu.

9.3.4 Ist der Beitrag zur Zeit des Eintritts des Versicherungsfalles noch nicht gezahlt, so ist der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei.

9.3.5 Wird der Beitrag erst nach dem als Beginn der Versicherung festgesetzten Zeitpunkt eingefordert, alsdann aber ohne Verzug gezahlt, so beginnt der Versicherungsschutz mit dem vereinbarten Zeitpunkt.

9.4 Wird ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Versicherungsnehmers gestellt, ist der Versicherer zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt, wenn der Beitrag zum Zeitpunkt der Antragsstellung noch nicht gezahlt war. Der aus dem Versicherungsvertrag begünstigte Auftraggeber (Bauherr) bzw. Erwerber ist in diesem Fall nicht zur Beitragszahlung berechtigt.

9.5 Dem Versicherungsnehmer ist die Aufrechnung von Forderungen, die ihm gegen den Versicherer zustehen, gegen eine Beitragsforderung des Versicherers nicht gestattet.

10. Rechtsstellung des Bauherren im Insolvenzfall des Versicherungsnehmers

10.1 Im Falle der Insolvenz des Versicherungsnehmers (Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder deren Ablehnung mangels Masse) erwirbt der Auftraggeber (Bauherr) bzw. Erwerber das Recht, die Mängelansprüche (Ersatz von Mangelbeseitigungskosten bzw. Erstattung des Minderungsbetrages) unmittelbar gegenüber dem Versicherer geltend zu machen und die Versicherungsleistung (vgl. Ziff. 5) an sich zu fordern („Direktanspruch“). Er erwirbt dieses Recht mit Übergabe des in der nachfolgenden Ziff. 10.2 genannten Zertifikates.

10.2 Das Bestehen des Versicherungsvertrages wird gegenüber dem Auftraggeber (Bauherren) bzw. Erwerber in einem Zertifikat dokumentiert. Sämtliche Rechte und Pflichten des Auftraggebers (Bauherren) bzw. Erwerbers ergeben sich aus diesem Zertifikat. Der Versicherer verzichtet gegenüber dem Auftraggeber (Bauherren) bzw. Erwerber insofern auf Einwendungen, die ihm gegenüber dem Versicherungsnehmer aus dem zugrunde liegenden Versicherungsvertrag zustehen (vgl. § 334 BGB), soweit diese nicht im Zertifikat genannt sind.

10.3 Der Auftraggeber (Bauherr) bzw. Erwerber hat dem Versicherer das Vorliegen eines Mangels im Sinne der Ziff. 1.2.1 unverzüglich anzuzeigen. Verletzt der Auftraggeber (Bauherr) bzw. Erwerber vorsätzlich oder grob fahrlässig seine diesbezüglichen Pflichten, verliert er seinen Anspruch auf die Leistung. Bei grob fahrlässiger Verletzung behält der Auftraggeber (Bauherr) bzw. Erwerber insoweit seinen Anspruch auf die Leistung, als die Verletzung weder Einfluss auf die Feststellung eines Mangels noch auf die Bemessung der Mängelbeseitigungskosten bzw. des Minderungsbetrags gehabt hat.

10.4 Ein Anspruch des Auftraggebers (Bauherr) bzw. Erwerbers besteht erst dann, wenn die Mängelbeseitigungskosten bzw. der Minderungsbetrag die Summe von 500 EUR je geltend gemachten Mangel übersteigen bzw. übersteigt. Unterhalb dieses Betrages besteht kein Anspruch auf eine Entschädigungsleistung.

10.5 Auf Verlangen wird seitens des Versicherers eine Kostenübernahmeerklärung ausgestellt, sobald der Grund und die Höhe des Anspruches auf Entschädigung vollständig festgestellt sind.

10.6 Die Ansprüche aus diesem Versicherungsvertrag verjähren in zwei Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem die Leistung verlangt werden kann. Ist ein Anspruch des Auftraggebers (Bauherren) bzw. Erwerbers bei dem Versicherer angemeldet worden, zählt der Zeitraum von der Anmeldung bis zum Zugang der schriftlichen Entscheidung des Versicherers bei der Fristberechnung nicht mit.

10.7 Hat der Versicherer den Versicherungsschutz abgelehnt, so besteht kein Anspruch auf Versicherungsschutz, wenn der Auftraggeber (Bauherr) bzw. Erwerber diesen nicht innerhalb von sechs Monaten gerichtlich geltend macht. Die Frist beginnt mit dem Zugang der schriftlichen Ablehnung des Versicherers. Die Rechtsfolgen der Fristversäumnis treten nur ein, wenn der Versicherer dabei auf die Notwendigkeit der fristgerechten gerichtlichen Geltendmachung hingewiesen hat.

10.8 Für Klagen gegen den Versicherer bestimmt sich die gerichtliche Zuständigkeit nach dem Sitz des Versicherers.

11. Geltungsbereich

Der in diesen Bedingungen definierte Versicherungsschutz wird für Bauleistungen nach deutschem bautechnischem Regelwerk innerhalb der Bundesrepublik Deutschland gewährt.

12. Betriebsübergang auf einen Dritten

12.1 Wird das versicherte Unternehmen an einen Dritten veräußert, tritt dieser an Stelle des Versicherungsnehmers in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Versicherungsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein.

12.2 Dies gilt auch, wenn das versicherte Unternehmen aufgrund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrages oder eines ähnlichen Rechtsgeschäftes von einem Dritten übernommen wird.

12.3 Die Vorschriften der §§ 70, 71 VVG finden entsprechende Anwendung.

13. Verjährung, Klagefrist

13.1 Die Ansprüche aus diesem Versicherungsvertrag verjähren in zwei Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem die Leistung verlangt werden kann. Ist ein Anspruch des Versicherungsnehmers bei dem Versicherer angemeldet worden, zählt der Zeitraum von der Anmeldung bis zum Zugang der schriftlichen Entscheidung des Versicherers bei der Fristberechnung nicht mit.

13.2 Hat der Versicherer den Versicherungsschutz abgelehnt, so besteht kein Anspruch auf Versicherungsschutz, wenn der Baubherr diesen nicht innerhalb von sechs Monaten gerichtlich geltend macht. Die Frist beginnt mit dem Zugang der schriftlichen Ablehnung des Versicherers. Die Rechtsfolgen der Fristversäumnis treten nur ein, wenn der Versicherer dabei auf die Notwendigkeit der fristgerechten gerichtlichen Geltendmachung hingewiesen hat.

14. Gerichtsstände

14.1 Für Klagen des Versicherungsnehmers aus dem Versicherungsvertrag gegen den Versicherer bestimmt sich die gerichtliche Zuständigkeit nach dem Sitz des Versicherers oder seiner für den Versicherungsvertrag zuständigen Niederlassung. Hat ein Versicherungsagent am Zustandekommen des Vertrages mitgewirkt, ist auch das Gericht des Ortes zuständig, an dem der Versicherungsagent zur Zeit der Vermittlung oder des Abschlusses seine gewerbliche Niederlassung oder – bei Fehlen einer gewerblichen Niederlassung – seinen Wohnsitz hatte.

14.2 Klagen des Versicherers gegen den Versicherungsnehmer können bei dem für den Wohnsitz des Versicherungsnehmers zuständigen Gericht erhoben werden. Soweit es sich bei dem Vertrag um eine betriebliche Versicherung handelt, kann der Versicherer seine Ansprüche auch bei dem für den Sitz oder die Niederlassung des Versicherungsnehmers zuständigen Gericht geltend machen.

15. Anzeigen und Willenserklärungen

15.1 Alle für den Versicherer bestimmten Anzeigen und Erklärungen sind schriftlich abzugeben. Sie sollen an die Hauptverwaltung des Versicherers oder an die im Versicherungsschein oder in dessen Nachträgen als zuständig bezeichnete Geschäftsstelle gerichtet werden. Die Vertreter sind zu deren Entgegennahme nicht bevollmächtigt.

15.2 Hat der Versicherungsnehmer eine Änderung seiner Anschrift dem Versicherer nicht mitgeteilt, genügt für eine Willenserklärung, die dem Versicherungsnehmer gegenüber abzugeben ist, die Absendung eines eingeschriebenen Briefes an die letzte dem Versicherer bekannte Anschrift. Die Erklärung wird zu dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie ohne die Anschriftsänderung bei regelmäßiger Beförderung dem Versicherungsnehmer zugegangen sein würde.

16. Bedingungsanpassung

16.1 Einzelne Bedingungen können mit Wirkung für bestehende Versicherungsverträge geändert, ergänzt oder ersetzt werden,

- wenn eine Rechtsvorschrift eingeführt oder geändert wird, die diese Bedingungen betrifft oder auf der diese beruhen,
- bei einer diese Bedingungen unmittelbar betreffenden neuen oder geänderten höchstrichterlichen Rechtsprechung,
- wenn ein Gericht einzelne Bedingungen rechtskräftig für unwirksam erklärt oder
- wenn die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht diese Bedingungen durch Verwaltungsakt als mit geltendem Recht nicht vereinbar beanstandet und den Versicherer zur Abänderung auffordert

und dadurch eine durch gesetzliche Bestimmungen nicht zu schließende Vertragslücke entstanden ist und das Verhältnis Beitragsleistung und Versicherungsschutz in nicht unbedeutendem Maße gestört wird.

Dies gilt nur für Bedingungen, die folgende Bereiche betreffen:

- Umfang des Versicherungsschutzes;
- Deckungsausschlüsse und
- Pflichten des Versicherungsnehmers und der Versicherten.

16.2 Die geänderten Bedingungen dürfen den Versicherungsnehmer als einzelne Regelung und im Zusammenwirken mit anderen Bedingungen des Vertrages nicht schlechter stellen als die ursprüngliche Regelung.

16.3 Die geänderten, ergänzten oder ersetzten Bedingungen sind dem Versicherungsnehmer schriftlich bekannt zu geben und Inhalt und Grund der Änderung zu erläutern. Sie gelten als genehmigt, wenn der Versicherungsnehmer nicht innerhalb von zwei Monaten nach Bekanntgabe schriftlich widerspricht. Hierauf wird er bei der Bekanntgabe ausdrücklich hingewiesen. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerspruches. Bei fristgemäßem Widerspruch treten die Änderungen nicht in Kraft.

D. Versicherungsbedingungen für die Baugewährleistungs-Versicherung 2008 der VHV Vereinigte Hannoversche Versicherung a.G. (in der Fassung vom 26.01.2008) (H 079)

1. Gegenstand der Versicherung

1.1 Versichert ist das im Versicherungsvertrag bestimmte Bauvorhaben mit dem dem Versicherer bei der Antragstellung mitgeteilten Leistungsumfang. Änderungen und Erweiterungen des Leistungsumfangs gelten nur dann als versichert, wenn sie dem Versicherer in Schriftform mitgeteilt und von diesem ausdrücklich in die Versicherung eingeschlossen werden.

1.2. Versicherungsschutz besteht für Mängel an der Bauleistung, die erstmals nach Abnahme der Bauleistung auftreten und während der in Ziff. 5 bestimmten Dauer des Versicherungsschutzes gegenüber dem Versicherungsnehmer geltend gemacht werden. Mitversichert sind Ansprüche wegen Mängel, die durch einen Subunternehmer oder dessen Erfüllungsgehilfen anlässlich einer im Auftrag des Versicherungsnehmers ausgeführten Tätigkeit verursacht werden. Voraussetzung für die Gewährung des Versicherungsschutzes ist jedoch, dass mit diesen Unternehmen vertragliche Vereinbarungen über Verjährungsfristen und Haftung getroffen werden, die zumindest den vertraglichen Vereinbarungen entsprechen, die zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Auftraggeber (Bauherr) oder Erwerber bestehen.

1.2.1 Als Bauleistungen gelten Arbeiten jeder Art, durch die ein mit dem Erdboden fest und dauerhaft verbundenes Bauwerk hergestellt, instand gehalten oder geändert wird.

1.2.2 Abnahme im Sinne dieser Versicherung ist die förmliche Schlussabnahme zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Auftraggeber (Bauherr) oder Erwerber. Die Ingebrauchnahme des versicherten Bauvorhabens durch den Auftraggeber (Bauherr) oder Erwerber ohne förmliche Schlussabnahme gilt ebenfalls als Abnahme im Sinne dieser Versicherung.

1.2.3 Für Bauvorhaben und Wohneinheiten, bei denen die Abnahme im Sinne der Ziff. 1.2.2 später als 12 Monate nach Fertigstellung erfolgt, entfällt der Versicherungsschutz (siehe auch Ziff. 9.8).

1.3 Gegenstand der Versicherung sind ausschließlich Mängelansprüche, die auf Nacherfüllung im Sinne von § 635 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) oder auf Mangelbeseitigung im Sinne von § 13 Ziff. 5 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B) gerichtet sind.

1.3.1 Ist die Beseitigung des Mangels unmöglich, unzumutbar oder mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden und kann der Versicherungsnehmer deswegen die Beseitigung des Mangels verweigern, so fällt auch die angemessene Herabsetzung der Vergütung (Minderung, vgl. § 638 BGB) unter den Versicherungsschutz.

1.3.2 Weitere Mängelansprüche sind nicht Gegenstand der Versicherung.

2. Versicherungsfall

2.1 Versicherungsfall im Sinne dieser Versicherung ist die Geltendmachung von Mängelansprüchen gegen den Versicherungsnehmer (Anspruchserhebung) während der in Ziff. 5 bestimmten Dauer des Versicherungsschutzes.

2.2 Mehrere zeitlich zusammenhängende Mängel aus derselben Ursache gelten im Rahmen eines Baurücker- oder Bauvertrages als ein Versicherungsfall.

3. Umfang des Versicherungsschutzes

3.1 Die Leistungspflicht des Versicherers umfasst,

- die Prüfung der geltend gemachten Mängelansprüche,*
- die Befriedigung berechtigter Mängelansprüche gegen den Versicherungsnehmer durch Zahlung einer Entschädigung sowie*
- die Abwehr unberechtigter Mängelansprüche gegen den Versicherungsnehmer. Berechtigt sind Mängelansprüche dann, wenn der Versicherungsnehmer aufgrund Gesetzes, rechtskräftigen Urteils, Anerkenntnisses oder Vergleiches zur Nacherfüllung einschließlich der Mangelbeseitigung oder zur Zahlung des Minderebetrages (siehe Ziff 1.3) verpflichtet ist und der Versicherer dadurch gebunden ist. Anerkenntnisse und Vergleiche, die vom Versicherungsnehmer ohne Zustimmung des Versicherers abgegeben oder geschlossen worden sind, binden den Versicherer nur, soweit der Anspruch auch ohne Anerkenntnis oder Vergleich bestanden hätte.*

3.1.1 Der Versicherer ist bevollmächtigt, alle ihm zur Abwicklung des Versicherungsfalles oder zur Abwehr der Mängelansprüche zweckmäßig erscheinenden Erklärungen im Namen des Versicherungsnehmers abzugeben. Kommt es in einem Versicherungsfall zu einem Rechtsstreit über die versicherten Ansprüche gegen den Versicherungsnehmer, ist der Versicherer zur Prozessführung bevollmächtigt. Er führt den Rechtsstreit im Namen des Versicherungsnehmers auf seine Kosten.

3.1.2 Die Aufwendungen des Versicherers für Kosten werden nicht als Leistungen auf die Versicherungssumme angerechnet (siehe aber Ziff. 3.1.3).

3.1.3 Übersteigen die berechtigten Ansprüche die Versicherungssumme, trägt der Versicherer die Prozesskosten im Verhältnis der Versicherungssumme zur Gesamthöhe der Ansprüche. Dies gilt auch dann, wenn es sich um mehrere aus einem Versicherungsfall entstehende Prozesse handelt.

3.1.4 Falls die von dem Versicherer verlangte Erledigung eines Mängelanspruchs durch Anerkenntnis, Befriedigung oder Vergleich am Verhalten des Versicherungsnehmers scheitert, hat der Versicherer für den von der Weigerung an entstehenden Mehraufwand an Entschädigungsleistung, Zinsen und Kosten nicht aufzukommen.

3.2 Für den Umfang der Leistung des Versicherers bildet die im Versicherungsschein angegebene Versicherungssumme die Höchstgrenze für alle Versicherungsfälle, die im Zusammenhang mit dem versicherten Bauvorhaben stehen. Die Entschädigungsleistungen des Versicherers für alle Versicherungsfälle sind auf das Einfache der vereinbarten Versicherungssumme begrenzt.

3.3 Der Versicherungsnehmer hat sich je Versicherungsfall (siehe Ziff. 2) mit 10 % an der vom Versicherer zu zahlenden Entschädigung, mindestens jedoch mit 2.500 EUR, selbst zu beteiligen (Selbstbehalt), soweit im Versicherungsschein nichts anderes vereinbart worden ist. Für die Abwehr unberechtigter Mängelansprüche (siehe Ziff. 3.1) besteht auch innerhalb dieses Selbstbehaltes Versicherungsschutz.

4. Geltungsbereich der Versicherung

Der Versicherungsschutz besteht für Bauleistungen, die nach deutschem bautechnischem Regelwerk innerhalb der Bundesrepublik Deutschland erbracht werden.

5. Dauer des Versicherungsschutzes

5.1 Die Versicherung beginnt – vorbehaltlich vertragsgemäßer Beitragszahlung (siehe. Ziff. 9) – zu dem im Versicherungsschein angegebenen Zeitpunkt; spätestens mit dem tatsächlichen Beginn der vertraglich geschuldeten Bauarbeiten durch den Versicherungsnehmer.

5.2 Die Leistungsverpflichtung des Versicherers für Mängel beginnt mit der Abnahme (siehe Ziff. 1.2.2 und 8.2) und endet mit dem Ablauf der im Bauräger- oder Bauvertrag vereinbarten Verjährungsfristen für Mängelansprüche, spätestens jedoch 5 Jahre und 1 Monat nach Abnahme.

5.3 Werden während der Verjährungsfrist Mangelbeseitigungsarbeiten ausgeführt, so beginnt der Versicherungsschutz hinsichtlich der Teilleistungen, die Gegenstand der Mangelbeseitigungsarbeiten waren, erneut mit deren Abnahme und endet spätestens 5 Jahre und 1 Monat nach dieser Abnahme. Eine erneute Nachbesserung der bereits nachgebesserten Teilleistungen führt nicht mehr zur Verlängerung der Dauer des Versicherungsschutzes.

6. Entschädigungsleistungen des Versicherers

6.1 Ist die Leistungsverpflichtung des Versicherungsnehmers wegen Mängelansprüche mit bindender Wirkung für den Versicherer festgestellt, hat der Versicherer die fälligen Entschädigungsbeträge abzüglich des

Selbstbehaltes an den Versicherungsnehmer binnen zwei Wochen auszus zahlen oder ihn innerhalb dieser Frist von berechtigten Ansprüchen des Auftraggebers (Bauherrn) oder Erwerbers freizustellen, wenn er nachgewiesen hat, dass

- er seinerseits die notwendigen Mangelbeseitigungsarbeiten durchgeführt hat oder*
- er die notwendigen Mangelbeseitigungsarbeiten hat durch Dritte durchführen lassen und bezüglich der hieraus resultierenden Kosten in Vorleistung gegangen ist oder*
- die Voraussetzungen für eine Minderung (siehe Ziff. 1.3.1) vorliegen.*

6.1.1 Der Versicherer leistet Entschädigung für die Kosten, die aufgewendet werden müssen, um den Mangel an dem Bauvorhaben zu beseitigen (Selbstkosten). Hierzu gehören auch die Kosten, die erforderlich sind, um die mangelhafte Werkleistung zum Zwecke der Mangelbeseitigung zugänglich zu machen und um den vorherigen Zustand wiederherzustellen.

6.1.2 Die Entschädigungsleistung erfolgt ohne Zuschläge für Wagnis und Gewinn sowie allgemeine Geschäftskosten.

6.1.3 Auf Verlangen des Versicherungsnehmers wird vom Versicherer eine Kostenübernahmeerklärung ausgestellt, sobald der Grund und die Höhe des Anspruches auf Entschädigung vollständig festgestellt sind.

6.2 Schadensuchkosten werden – sofern im Versicherungsschein keine anderweitige Vereinbarung getroffen worden ist – im Rahmen der vereinbarten Versicherungssumme bis zu einer Höchstersatzleistung von 30.000 EUR erstattet.

6.3 Die Wertgrenze für Ansprüche wegen optischer Mängel beträgt – sofern im Versicherungsschein keine anderweitige Vereinbarung getroffen worden ist – im Rahmen der vereinbarten Versicherungssumme 30.000 EUR.

6.4 Der Versicherer kann gegen Entschädigungsforderungen eine Forderung, die ihm gegen den Versicherungsnehmer zusteht, insoweit aufrechnen, als sie auf der für den Versicherungsnehmer genommenen Versicherung beruht.

7. Nicht versicherte Tatbestände

Falls im Versicherungsschein oder seinen Nachträgen nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, sind von der Versicherung ausgeschlossen:

7.1 Ansprüche aller Personen, die den Mangel vorsätzlich herbeigeführt haben. Bei der Lieferung oder Herstellung von Waren, Erzeugnissen oder Arbeiten steht die Kenntnis von der Mangelhaftigkeit oder Schädlichkeit der Waren usw. dem Vorsatz gleich.

7.2 Ansprüche wegen Schadenverursachung durch ein bewusst gesetz-, vorschrifts- oder sonst pflichtwidriges Verhalten des Versicherten, es sei denn, dass er nach den besonderen Umständen des Falles hinreichend Grund zu der Annahme hatte, die Zuwiderhandlung werde keine Nachteile für den Geschädigten zur Folge haben oder sie werde von dem Geschädigten oder dem sonst Berechtigten genehmigt werden.

7.3 Mängelansprüche des Auftraggebers (Bauherren) oder Erwerbers, soweit diese Ansprüche nicht auf Nacherfüllung im Sinne von § 635 BGB, auf Mangelbeseitigung im Sinne von § 13 Ziff. 5 VOB/B oder – sofern die Beseitigung des Mangels unmöglich, unzumutbar oder mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden ist – auf Minderung gerichtet sind (vgl. Ziff. 1.3).

7.4 Ansprüche wegen Mängel, die bei den einzelnen Baustellenbegehungen und/oder bei der Schlussabnahme festgestellt, in Behebungsprotokollen und/oder im Schlussabnahmeprotokoll festgehalten und vom Versicherungsnehmer nicht oder nicht ordnungsgemäß beseitigt wurden.

7.5 Ansprüche wegen Mängel

7.5.1 aus dem Versagen von Mess-, Steuerungs-, Sicherungs- und Regeltechnik an haustechnischen Anlagen, wie z.B. Heizungs-, Belüftungs-, Brandschutz-, Klimaanlage u. ä., deren Ursache in einem mangelhaften Produkt des jeweiligen Herstellers liegt. Der Versicherungsschutz für Bauleistungen, die auf die Erstellung der oben genannten haustechnischen Anlagen gerichtet sind, bleibt davon unberührt;

7.5.2 an der Bauleistung durch Baustoffe oder Bauteile, deren Verwendung oder Wirkung im Hinblick auf den konkreten Verwendungszweck nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen, die durch eine zuständige Prüfstelle beanstandet oder vorschriftswidrig noch nicht geprüft worden sind oder für die ein Brauchbarkeitsnachweis nicht erbracht worden ist;

7.5.3 aus der Verwirklichung des Baugrundrisikos;

7.5.4 der Raumakustik;

7.5.5 an Außenanlagen einschließlich Bepflanzungen und Aussaat;

7.5.6 für die der Versicherungsnehmer eine Leistung aus einem anderen Versicherungsvertrag beanspruchen kann;

7.5.7 an Bauvorhaben, bei denen der Versicherungsnehmer zugleich Bauherr ist;

7.5.8 an Gewerken, die der Auftraggeber (Bauherr) oder Erwerber in Eigenleistung erbracht hat;

7.5.9 an der Bauleistung, deren ausschließliche Ursache in einer mangelhaften Planung liegt.

7.6 Ansprüche wegen Kosten, die bei ordnungsgemäßer Leistungserfüllung von vornherein angefallen wären (Sowiesokosten).

7.7 Ansprüche wegen Schäden, die am sonstigen Vermögen des Auftraggebers (Bauherren) oder Erwerbers entstehen (Mangelfolgeschäden).

7.8 Ansprüche, die aus dem Vertragsrücktritt des Auftraggebers (Bauherren) oder Erwerbers entstehen.

7.9 Ansprüche aus selbstständigen Garantiezusagen.

7.10 Ansprüche aus Wartungs- und Inspektionsverträgen.

7.11 Ansprüche, die daraus hergeleitet werden, dass gelieferte Sachen oder Arbeiten mit einem Rechtsmangel behaftet sind, z. B. aus der Verletzung von Patenten, gewerblichen Schutzrechten, Urheberrechten, Persönlichkeitsrechten, Verstößen in Wettbewerb und Werbung.

7.12 Ansprüche, die von juristischen Personen geltend gemacht werden, die vom Versicherungsnehmer geleitet werden, die ihm gehören oder an denen er beteiligt ist.

7.13 Ansprüche, die von juristischen oder natürlichen Personen geltend gemacht werden, die am Versicherungsnehmer beteiligt sind.

7.14 Ansprüche, die von Angehörigen des Versicherungsnehmers geltend gemacht werden, die mit ihm in häuslicher Gemeinschaft leben oder die zu den im Versicherungsvertrag mitversicherten Personen gehören. Als Angehörige gelten Ehegatten, Lebenspartner im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes oder vergleichbare Partnerschaften nach dem Recht anderer Staaten, Eltern und Kinder, Adoptiveltern und -kinder, Schwiegereltern und -kinder, Stiefeltern und -kinder, Großeltern und Enkel, Geschwister sowie Pflegeeltern und -kinder (Personen, die durch ein familienähnliches, auf längere Dauer angelegtes Verhältnis wie Eltern und Kinder miteinander verbunden sind). Das Gleiche gilt, wenn diese Voraussetzungen gegeben sind,

- in der Person eines gesetzlichen Vertreters oder Gesellschafters des Versicherungsnehmers oder

- bei Unternehmen, die von einem Angehörigen (siehe oben) des Versicherungsnehmers oder des gesetzlichen Vertreters oder Gesellschafters des Versicherungsnehmers geleitet werden, die ihnen gehören oder an denen sie beteiligt sind. Gesetzliche Vertreter in diesem Sinne sind beispielsweise

- die Mitglieder des Vorstandes (bei Aktiengesellschaften);

- die Geschäftsführer (bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung);

- die Komplementäre (bei Kommanditgesellschaften);
- die Gesellschafter (bei offenen Handelsgesellschaften);
- die Gesellschafter (bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts);
- die Inhaber (bei Einzelunternehmen);
- der entsprechende Personenkreis bei ausländischen Unternehmen).

8. Gutachterliche Baubegleitung und Abnahme des Bauvorhabens

8.1 Das versicherte Bauvorhaben wird durch einen vom Versicherer bestimmten Bausachverständigen in Form von Baustellenbegehungen, die nach Abschluss bestimmter Bauphasen durchgeführt werden, begleitet. Die letzte Baustellenbegehung ist nach Fertigstellung der Bauleistungen, spätestens mit der förmlichen Schlussabnahme zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Auftraggeber (Bauherr) oder Erwerber, durchzuführen (siehe Ziff. 8.2).

8.1.1 Der Versicherungsnehmer bevollmächtigt den Versicherer, den Bausachverständigen in seinem Namen und auf seine Rechnung zu beauftragen. Die durch die Beauftragung des Bausachverständigen anfallenden Kosten sind vom Versicherungsnehmer zu tragen.

8.1.2 Die Anzahl der im Einzelfall durchzuführenden Baustellenbegehungen und der jeweilige Prüfumfang werden zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer abgestimmt (siehe Ziff. 11.2).

8.1.3 Nach jeder Baustellenbegehung wird durch den Bausachverständigen ein Begehungsprotokoll für den Versicherer und den Versicherungsnehmer erstellt, das den Prüfumfang, etwaige Mängel sowie noch ausstehende Restleistungen dokumentiert.

8.2 Innerhalb von 12 Monaten nach Fertigstellung der Bauleistung ist zwischen dem Auftraggeber (Bauherr) oder Erwerber und dem Versicherungsnehmer eine förmliche Schlussabnahme durchzuführen. Die dabei festgestellten Mängel und noch ausstehende Restleistungen werden in einem Protokoll festgehalten. Wird die Bauleistung durch den Auftraggeber (Bauherr) oder Erwerber in Gebrauch genommen und findet eine förmliche Schlussabnahme nicht statt, gilt die Ingebrauchnahme als Abnahme im Sinne der Ziff. 1.2.2 und 5.2. In diesem Fall bilden die Feststellungen der Begehungsprotokolle (siehe Ziff. 8.1) die Grundlage für den materiellen Versicherungsschutz aus dieser Versicherung. Für den Beginn der Verjährungsfrist ist das Datum der Ingebrauchnahme maßgebend.

8.3 Findet aus Umständen, die der Versicherungsnehmer zu vertreten hat, keine oder keine vollständige Baubegleitung i. S. der Ziff. 8.1 statt, kann der Versicherer den Versicherungsvertrag fristlos kündigen (siehe Ziff. 13).

9. Beitragsberechnung, Beitragszahlung, Beginn des Versicherungsschutzes, Folgen der Nichtzahlung oder der nicht rechtzeitigen Zahlung, Beitragsrückerstattung

9.1 Der einmalige Beitrag wird aus der Nettobausumme der werkvertraglich geschuldeten Bauleistung (Nettobausumme aller Einzelgewerke) berechnet, die der Versicherungsnehmer dem Versicherer bei Antragstellung mitteilt.

9.2 Der einmalige Beitrag wird – wenn nichts anderes vereinbart ist – unverzüglich nach Ablauf von zwei Wochen nach Zugang des Versicherungsscheins fällig, jedoch nicht vor dem im Versicherungsschein angegebenen Versicherungsbeginn.

9.3 Die Versicherung beginnt – vorbehaltlich einer anderen Vereinbarung – zu dem im Versicherungsschein angegebenen Zeitpunkt, wenn der Versicherungsnehmer den einmaligen Beitrag rechtzeitig im Sinne der Ziffer 9.2 zahlt. Der in Rechnung gestellte Beitrag enthält die Versicherungssteuer, die der Versicherungsnehmer in der jeweils vom Gesetz bestimmten Höhe zu entrichten hat. Wird der Beitrag erst nach dem als Beginn der Versicherung festgesetzten Zeitpunkt eingefordert, alsdann aber ohne Verzug gezahlt, beginnt der Versicherungsschutz mit dem vereinbarten Zeitpunkt.

9.4 Zahlt der Versicherungsnehmer den einmaligen Beitrag nicht rechtzeitig, sondern zu einem späteren Zeitpunkt, beginnt der Versicherungsschutz erst ab diesem Zeitpunkt. Dies gilt nicht, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass er die Nichtzahlung nicht zu vertreten hat. Für Versicherungsfälle, die bis zur Zahlung des Beitrags eintreten, ist der Versicherer nur dann nicht zur Leistung verpflichtet, wenn er den Versicherungsnehmer durch gesonderte Mitteilung in Textform oder durch einen auffälligen Hinweis im Versicherungsschein auf diese Rechtsfolge der Nichtzahlung des Beitrags aufmerksam gemacht hat.

9.5 Zahlt der Versicherungsnehmer den Beitrag nicht rechtzeitig, kann der Versicherer vom Vertrag zurücktreten, solange der Beitrag nicht gezahlt ist. Der Versicherer kann nicht zurücktreten, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass er die Nichtzahlung nicht zu vertreten hat. Dem Versicherer steht im Fall eines Rücktritts ein Anspruch auf Erstattung seiner aus diesem Versicherungsverhältnis entstandenen Verwaltungskosten in Höhe von 30 % des Versicherungsbeitrages, maximal jedoch 1.500 EUR, zu.

9.6 Ist die Einziehung des Beitrags von einem Konto vereinbart, gilt die Zahlung als rechtzeitig, wenn der Beitrag zum Fälligkeitstag eingezogen werden kann und der Versicherungsnehmer einer berechtigten Einziehung nicht widerspricht. Konnte der fällige Beitrag ohne Verschulden des Versicherungsnehmers vom Versicherer nicht eingezogen werden, ist die Zahlung auch dann noch rechtzeitig, wenn sie unverzüglich nach einer in Textform abgegebenen Zahlungsaufforderung des Versicherers erfolgt. Kann der fällige Beitrag nicht eingezogen werden, weil der Versicherungsnehmer die Einzugsermächtigung widerrufen hat, oder hat

der Versicherungsnehmer aus anderen Gründen zu vertreten, dass der Beitrag wiederholt nicht eingezogen werden kann, ist der Versicherer berechtigt, künftig Zahlung außerhalb des Lastschriftverfahrens zu verlangen. Der Versicherungsnehmer ist zur Übermittlung des Beitrages erst verpflichtet, wenn er vom Versicherer hierzu in Textform aufgefordert worden ist.

9.7 Wird vor Abnahme im Sinne der Ziff. 1.2.2 ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Versicherungsnehmers gestellt, ist der Versicherer zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt, wenn der fällige Beitrag zum Zeitpunkt der Antragsstellung noch nicht gezahlt war. Der Rücktritt kann nicht dadurch abgewendet werden, dass der aus dem Versicherungsvertrag begünstigte Auftraggeber (Bauherr) oder Erwerber den Beitrag nachrichtet.

9.8 Entfällt der Versicherungsschutz hinsichtlich eines Bauvorhabens/einer Wohneinheit gem. Ziff. 1.2.3, erfolgt eine Rückerstattung des darauf entfallenden Versicherungsbeitrages abzüglich einer Pauschale für Verwaltungskosten des Versicherers in Höhe von 30%, maximal jedoch in Höhe von 1.500 EUR. Die Kosten für bereits erbrachte Leistungen zu diesem Bauvorhaben/dieser Wohneinheit, insbesondere Sachverständigenkosten, werden nicht erstattet.

10. Rechtsstellung des Auftraggebers (Bauherren) oder Erwerbers bei Insolvenz des Versicherungsnehmers

10.1 Das Bestehen des Versicherungsvertrages wird gegenüber dem Auftraggeber (Bauherren) oder Erwerber in einem Zertifikat dokumentiert. Die Rechte und Pflichten des Auftraggebers (Bauherren) oder Erwerbers ergeben sich aus diesem Zertifikat. Der Versicherer verzichtet gegenüber dem Auftraggeber (Bauherr) oder Erwerber insofern auf Einwendungen, die ihm gegenüber dem Versicherungsnehmer aus dem zugrunde liegenden Versicherungsvertrag zustehen (vgl. § 334 BGB), soweit diese nicht im Zertifikat genannt sind.

10.2 Im Falle der Insolvenz des Versicherungsnehmers (Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder dessen Ablehnung mangels Masse) erwirbt der Auftraggeber (Bauherr) oder Erwerber das Recht, die Mängelansprüche (Ersatz von Mangelbeseitigungskosten oder Erstattung des Minderungsbetrages) unmittelbar gegenüber dem Versicherer geltend zu machen und die Versicherungsleistung an sich zu fordern (Direktanspruch). Er erwirbt dieses Recht mit der Übergabe des Zertifikates.

10.3 Der Auftraggeber (Bauherr) oder Erwerber hat das Vorliegen eines Mangels im Sinne der Ziff. 1.2 dem Versicherer unverzüglich anzuzeigen. Verletzt der Auftraggeber (Bauherr) diese Anzeigepflicht vorsätzlich, verliert er seinen Anspruch auf Entschädigungsleistungen (vgl. Ziff. 6). Bei grob fahrlässiger Verletzung der Anzeigepflicht ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschul-

dens des Auftraggebers (Bauberren) oder Erwerbers entsprechenden Verhältnis zu kürzen. Weist der Auftraggeber (Bauherr) oder Erwerber nach, dass er die Obliegenheit nicht grob fahrlässig verletzt hat, bleibt sein Anspruch auf Entschädigungsleistungen bestehen. Der Versicherungsschutz bleibt auch bestehen, wenn der Auftraggeber (Bauherr) oder Erwerber nachweist, dass die Verletzung der Anzeigepflicht weder Einfluss auf die Feststellung des Mangels noch auf die Bemessung der Höhe der Mangelbeseitigungskosten oder des Minderungsbetrages hatte.

10.4 Ein Anspruch des Auftraggebers (Bauherr) oder Erwerbers besteht erst dann, wenn die Mangelbeseitigungskosten oder der Minderungsbetrag den Betrag von 500 EUR je geltend gemachten Mangel übersteigen oder übersteigt. Innerhalb dieses Betrages besteht kein Anspruch auf eine Entschädigungsleistung.

10.5 Auf Verlangen wird vom Versicherer eine Kostenübernahmeerklärung ausgestellt, sobald der Grund und die Höhe des Anspruches auf Entschädigung vollständig festgestellt sind.

11. Pflichten und Obliegenheiten des Versicherungsnehmers

11.1 Vorvertragliche Anzeigepflichten

Der Versicherungsnehmer hat bis zur Abgabe seiner Vertragserklärung dem Versicherer alle ihm bekannten Gefahrumstände in Textform anzuzeigen, nach denen der Versicherer in Textform gefragt hat und die für den Entschluss des Versicherers erheblich sind, den Vertrag mit dem vereinbarten Inhalt zu schließen. Der Versicherungsnehmer ist auch insoweit zur Anzeige verpflichtet, als nach seiner Vertragserklärung, aber vor Vertragsannahme der Versicherer in Textform Fragen im Sinne des Satzes 1 stellt. Gefahrerheblich sind die Umstände, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers Einfluss auszuüben, den Vertrag überhaupt oder mit dem vereinbarten Inhalt abzuschließen. Wird der Vertrag von einem Vertreter des Versicherungsnehmers geschlossen und kennt dieser den gefahrerheblichen Umstand, muss sich der Versicherungsnehmer so behandeln lassen, als habe er selbst davon Kenntnis gehabt oder dies arglistig verschwiegen.

11.2 Pflichten und Obliegenheiten vor Eintritt des Versicherungsfalles

11.2.1 Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, die Baustellenbegehungen im Sinne der Ziff. 8.1 zu koordinieren und die Abnahme im Sinne der Ziff. 8.2 durchzuführen. In diesem Zusammenhang ist er auch für die Abstimmung der Begehungstermine mit dem Bausachverständigen verantwortlich und hat durch entsprechende Anweisung an das Bauleitungspersonal sicherzustellen, dass die Baustellenbegehungen termingerecht stattfinden. Wird das versicherte Bauobjekt in Gebrauch genommen, ohne dass die förmliche Schlussabnahme stattfindet, ist der Versicherungsnehmer verpflichtet, dies dem Versicherer unverzüglich anzuzeigen.

11.2.2 Der Versicherungsnehmer ist ferner verpflichtet, dem Versicherer alle nach dem Abschluss des Versicherungsvertrages stattfindenden wesentlichen Änderungen und Erweiterungen des Leistungsumfanges (z. B. Änderung der Statik, der Haus- und Gebäudetechnik und ähnl.) einschließlich der ihm bekannten wesentlichen Änderungen der Eigenleistungen des Auftraggebers (Bauherren) oder Erwerbers in Textform anzuzeigen. Dies gilt unabhängig davon, ob diese geänderten Leistungen in den Versicherungsschutz eingeschlossen werden sollen bzw. bedingungsgemäß eingeschlossen sind oder nicht.

11.2.3 Bei Subunternehmerbeauftragung ist der Versicherungsnehmer verpflichtet,

- nur Subunternehmer zu beauftragen, die für die ausgeübte gewerbliche Tätigkeit marktübliche Haftpflichtversicherungen abgeschlossen haben;*
- dem Versicherer auf Anforderung einen Nachweis über das Bestehen der Versicherungen vorzulegen und*
- dem Versicherer auf Aufforderung eine Liste der am Bau beteiligten Subunternehmer mit den jeweiligen Adressen sowie den ausgeführten Gewerken zu diesem Bauvorhaben zu übermitteln.*

11.3 Pflichten und Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalles

11.3.1 Jeder Versicherungsfall (Erhebung von Mängelansprüchen gegen den Versicherungsnehmer) ist dem Versicherer unverzüglich anzuzeigen (siehe Ziff. 15).

11.3.2 Wird gegen den Versicherungsnehmer ein Mängelanspruch erhoben, ein staatsanwaltschaftliches, behördliches oder gerichtliches Verfahren eingeleitet, ein Mahnbescheid erlassen oder ihm gerichtlich der Streit verkündet, hat er dies ebenfalls unverzüglich anzuzeigen.

11.3.3 Gegen einen Mahnbescheid oder eine Verfügung von Verwaltungsbehörden auf Mangelbeseitigung muss der Versicherungsnehmer fristgemäß Widerspruch oder die sonst erforderlichen Rechtsbehelfe einlegen. Einer Weisung des Versicherers bedarf es nicht.

11.3.4 Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, unter Beachtung der Weisungen des Versicherers nach Möglichkeit für die Abwendung und Minderung des Mangels zu sorgen und alles zu tun, was zur Klarstellung des Versicherungsfalles dient, soweit es für ihn zumutbar ist. Er hat den Versicherer bei der Abwehr des Mangels sowie bei der Ermittlung des Mangels und bei der Mängelregulierung zu unterstützen, ihm ausführliche und wahrheitsgemäße Mängelberichte zu erstatten, alle Tatumstände, die auf den Versicherungsfall Bezug haben, mitzuteilen und alle den Versicherungsfall betreffenden Schriftstücke einzusenden.

11.3.5 Wird gegen den Versicherungsnehmer ein Mängelanspruch (siehe Ziff. 1.3) gerichtlich geltend gemacht, hat er die Führung des Verfahrens dem Versicherer zu überlassen. Der Versicherer beauftragt im

Namen des Versicherungsnehmers einen Rechtsanwalt. Der Versicherungsnehmer muss dem Rechtsanwalt Vollmacht sowie alle erforderlichen Auskünfte und die angeforderten Unterlagen zur Verfügung stellen.

12. Rechtsfolgen bei Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten

12.1 Rücktritt des Versicherers

12.1.1 Unvollständige und unrichtige Angaben zu den gefahrerheblichen Umständen berechtigen den Versicherer, vom Versicherungsvertrag innerhalb eines Monats zurückzutreten. Dies gilt auch dann, wenn ein Umstand nicht oder nicht richtig angezeigt wurde, weil sich der Versicherungsnehmer der Kenntnis der Wahrheit arglistig entzogen hat.

12.1.2 Der Versicherer hat kein Rücktrittsrecht, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass er oder sein Vertreter die unrichtigen oder unvollständigen Angaben weder vorsätzlich noch grob fahrlässig gemacht hat. Das Rücktrittsrecht des Versicherers wegen grob fahrlässiger Verletzung der Anzeigepflicht besteht nicht, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass der Versicherer den Vertrag auch bei Kenntnis der nicht angezeigten Umstände, wenn auch zu anderen Bedingungen, geschlossen hätte.

12.1.3 Im Fall des Rücktritts besteht kein Versicherungsschutz. Tritt der Versicherer nach Eintritt des Versicherungsfalls zurück, darf er den Versicherungsschutz nicht versagen, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass der unvollständig oder unrichtig angezeigte Umstand weder für den Eintritt des Versicherungsfalls noch für die Feststellung oder den Umfang der Leistung ursächlich war. Auch in diesem Fall besteht aber kein Versicherungsschutz, wenn der Versicherungsnehmer die Anzeigepflicht arglistig verletzt hat. Dem Versicherer steht im Falle eines Rücktritts ein Anspruch auf Erstattung seiner aus diesem Versicherungsverhältnis entstandenen Verwaltungskosten in Höhe von 30 % des Versicherungsbeitrages, maximal jedoch 1.500 EUR, zu.

12.2 Kündigung oder rückwirkende Vertragsanpassung

12.2.1 Ist das Rücktrittsrecht des Versicherers ausgeschlossen, weil die Verletzung einer Anzeigepflicht weder auf Vorsatz noch auf grober Fahrlässigkeit beruhte, kann der Versicherer den Vertrag unter Einhaltung einer Frist von einem Monat in Schriftform kündigen. Das Kündigungsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass der Versicherer den Vertrag auch bei Kenntnis der nicht angezeigten Umstände, wenn auch zu anderen Bedingungen, geschlossen hätte.

12.2.2 Kann der Versicherer nicht zurücktreten oder kündigen, weil er den Vertrag auch bei Kenntnis der nicht angezeigten Umstände, aber zu anderen Bedingungen, geschlossen hätte, werden die anderen Bedingungen auf Verlangen des Versicherers rückwirkend Vertragsbestandteil. Erhöht sich durch die Vertragsanpassung der Beitrag um mehr als 10% oder schließt der Versicherer die Gefahrsicherung für den nicht

angezeigten Umstand aus, kann der Versicherungsnehmer den Vertrag innerhalb eines Monats nach Zugang der Mitteilung des Versicherers fristlos kündigen.

12.3 Ausübung der Rechte nach Ziff. 12.1 und 12.2

Der Versicherer muss die ihm nach Ziff. 12.1. und 12.2 zustehenden Rechte innerhalb eines Monats schriftlich geltend machen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem er von der Verletzung der Anzeigepflicht, die das von ihm geltend gemachte Recht begründet, Kenntnis erlangt. Er hat die Umstände anzugeben, auf die er seine Erklärung stützt, er darf nachträglich weitere Umstände zur Begründung seiner Erklärung abgeben, wenn für diese die Monatsfrist nicht verstrichen ist. Dem Versicherer stehen die Rechte nach Ziff. 12.1 und 12.2 nur zu, wenn er den Versicherungsnehmer durch gesonderte Mitteilung in Textform auf die Folgen einer Anzeigepflichtverletzung hingewiesen hat. Der Versicherer kann sich auf die in den Ziff. 12.1 und 12.2 genannten Rechte nicht berufen, wenn er den nicht angezeigten Gefahrumstand oder die Unrichtigkeit der Anzeige kannte.

12.4 Anfechtung

Das Recht des Versicherers, den Vertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten, bleibt unberührt. Im Fall der Anfechtung steht dem Versicherer ein Anspruch auf Erstattung seiner aus diesem Versicherungsverhältnis entstandenen Verwaltungskosten in Höhe von 30 % des Versicherungsbeitrages, maximal jedoch 1.500 EUR, zu.

13. Rechtsfolgen bei Verletzung von Pflichten und Obliegenheiten vor und nach Eintritt des Versicherungsfalles

13.1 Verletzt der Versicherungsnehmer eine Obliegenheit aus diesem Vertrag, die er vor Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllen hat, kann der Versicherer diesen Vertrag innerhalb eines Monats ab Kenntniserlangung von der Obliegenheitsverletzung fristlos kündigen. Der Versicherer hat kein Kündigungsrecht, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass die Obliegenheitsverletzung weder auf Vorsatz noch auf grober Fahrlässigkeit beruhte.

13.2 Wird eine Obliegenheit aus diesem Vertrag vorsätzlich verletzt, verliert der Versicherungsnehmer seinen Versicherungsschutz. Bei grob fahrlässiger Verletzung einer Obliegenheit ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen. Der vollständige oder teilweise Wegfall des Versicherungsschutzes hat bei Verletzung einer nach Eintritt des Versicherungsfalles bestehenden Auskunfts- oder Aufklärungsobliegenheit zur Voraussetzung, dass der Versicherer den Versicherungsnehmer durch gesonderte Mitteilung in Textform auf diese Rechtslage hingewiesen hat. Weist der Versicherungsnehmer nach, dass er die Obliegenheit nicht grob

fahrlässig verletzt hat, bleibt der Versicherungsschutz bestehen. Der Versicherungsschutz bleibt auch bestehen, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass die Verletzung der Obliegenheit weder für den Eintritt oder die Feststellung des Versicherungsfalles noch für die Feststellung oder den Umfang der dem Versicherer obliegenden Leistung ursächlich war. Dies gilt nicht, wenn der Versicherungsnehmer die Pflicht oder die Obliegenheit arglistig verletzt hat. Die vorstehenden Bestimmungen gelten unabhängig davon, ob der Versicherer ein ihm nach Ziff. 13.1 zustehendes Kündigungsrecht ausübt.

14. Übergang des Unternehmens des Versicherungsnehmers auf einen Dritten

14.1 Übergang des Unternehmens

14.1.1 Wird das Unternehmen des Versicherungsnehmers an einen Dritten veräußert, tritt dieser an Stelle des Versicherungsnehmers in die während der Dauer seines Eigentums sich aus dem Versicherungsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Dies gilt auch, wenn das Unternehmen des Versicherungsnehmers

- aufgrund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrages oder eines ähnlichen Rechtsgeschäftes von einem Dritten übernommen wird oder

- nach dem Tod des Versicherungsnehmers auf die Erben übergeht, soweit diese den Betrieb weiterführen.

14.1.2 Das Versicherungsverhältnis kann in diesem Fall

- durch den Versicherer dem Dritten gegenüber mit einer Frist von einem Monat,

- durch den Dritten dem Versicherer gegenüber mit sofortiger Wirkung

in Schriftform gekündigt werden. Das Kündigungsrecht erlischt, wenn

- der Versicherer es nicht innerhalb eines Monats von dem Zeitpunkt an ausübt, in welchem er vom Übergang auf den Dritten Kenntnis erlangt;

- der Dritte es nicht innerhalb eines Monats nach dem Übergang ausübt, wobei das Kündigungsrecht bis zum Ablauf eines Monats von dem Zeitpunkt an bestehen bleibt, in dem der Dritte von der Versicherung Kenntnis erlangt.

14.1.3 Der Übergang des Unternehmens ist dem Versicherer durch den bisherigen Versicherungsnehmer oder den Dritten unverzüglich in Textform anzuzeigen. Bei einer schuldhaften Verletzung der Anzeigepflicht besteht kein Versicherungsschutz, wenn der Versicherungsfall später als einen Monat nach dem Zeitpunkt eintritt, in dem die Anzeige dem Versicherer hätte zugeben müssen, und der Versicherer den mit dem bisherigen Versicherungsnehmer bestehenden Vertrag mit dem Dritten nicht abgeschlossen hätte. Der Versicherungsschutz lebt wieder auf und besteht für alle Versicherungsfälle, die frühestens einen Monat

nach dem Zeitpunkt eintreten, in dem der Versicherer von dem Übergang auf den Dritten Kenntnis erlangt. Dies gilt nur, wenn der Versicherer in diesem Monat von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch gemacht hat. Der Versicherungsschutz fällt trotz Verletzung der Anzeigepflicht nicht weg, wenn dem Versicherer der Übergang zu dem Zeitpunkt bekannt war, in dem ihm die Anzeige hätte zugehen müssen.

14.2 Beitragszahlung bei Unternehmensübergang

Endet das Versicherungsverhältnis gemäß Ziff. 14.1.2 steht dem Versicherer ein Anspruch auf Erstattung seiner aus diesem Versicherungsverhältnis entstandenen Verwaltungskosten in Höhe von 30 % des Versicherungsbeitrages, maximal jedoch 1.500 EUR, zu. Wird das Versicherungsverhältnis nach dem Übergang des Unternehmens auf einen Dritten nicht gekündigt, haften der bisherige Versicherungsnehmer und der Dritte für den Versicherungsbeitrag als Gesamtschuldner.

15. Anzeigen und Willenserklärungen

15.1 Alle für den Versicherer bestimmten Anzeigen und Erklärungen sollen an die Hauptverwaltung des Versicherers oder an die im Versicherungsschein oder in dessen Nachträgen als zuständig bezeichnete Geschäftsstelle gerichtet werden.

15.2 Hat der Versicherungsnehmer eine Änderung seiner Anschrift dem Versicherer nicht mitgeteilt, genügt für eine Willenserklärung, die dem Versicherungsnehmer gegenüber abzugeben ist, die Absendung eines eingeschriebenen Briefes an die letzte dem Versicherer bekannte Anschrift. Die Erklärung gilt drei Tage nach der Absendung des Briefes als zugegangen. Dies gilt entsprechend für den Fall einer Namensänderung oder Umfirmierung des Versicherungsnehmers.

15.3 Hat der Versicherungsnehmer die Versicherung für seinen Gewerbebetrieb abgeschlossen, finden bei einer Verlegung der gewerblichen Niederlassung die Bestimmungen der Ziffer 15.2 entsprechende Anwendung.

16. Verjährung

16.1 Die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag verjähren in drei Jahren. Die Fristberechnung richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches.

16.2 Ist ein Anspruch aus dem Versicherungsvertrag bei dem Versicherer angemeldet worden, ist die Verjährung von der Anmeldung bis zu dem Zeitpunkt gehemmt, zu dem die Entscheidung des Versicherers dem Versicherungsnehmer in Textform zugeht.

17. Zuständiges Gericht

17.1 Für Klagen aus dem Versicherungsvertrag gegen den Versicherer bestimmt sich die gerichtliche Zuständigkeit nach dem Sitz des Versicherers oder seiner für den Versicherungsvertrag zuständigen Niederlassung. Ist der Versicherungsnehmer, der Auftraggeber (Bauherr) oder der Erwerber eine natürliche Person, ist auch das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk er zur Zeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz oder, in Ermangelung eines solchen, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

17.2 Ist der Versicherungsnehmer, der Auftraggeber (Bauherr) oder der Erwerber eine natürliche Person, müssen Klagen aus dem Versicherungsvertrag gegen ihn bei dem Gericht erhoben werden, das für seinen Wohnsitz oder, in Ermangelung eines solchen, den Ort seines gewöhnlichen Aufenthalts zuständig ist. Ist der Versicherungsnehmer, der Auftraggeber (Bauherr) oder der Erwerber eine juristische Person, bestimmt sich das zuständige Gericht auch nach seinem Sitz oder seiner Niederlassung. Das gleiche gilt, wenn der Versicherungsnehmer, der Auftraggeber (Bauherr) oder der Erwerber eine offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder eine eingetragene Partnerschaftsgesellschaft ist.

17.3 Sind der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt des Versicherungsnehmers, des Auftraggebers (Bauherrn) oder des Erwerbers im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht bekannt, bestimmt sich die gerichtliche Zuständigkeit für Klagen aus dem Versicherungsvertrag gegen ihn nach dem Sitz des Versicherers oder seiner für den Versicherungsvertrag zuständigen Niederlassung.

18. Bedingungsanpassung

18.1 Einzelne Bedingungen können mit Wirkung für bestehende Versicherungsverträge geändert, ergänzt oder ersetzt werden,

- wenn eine Rechtsvorschrift eingeführt oder geändert wird, die diese Bedingungen betrifft oder auf der diese beruhen,

- bei einer diese Bedingungen unmittelbar betreffenden neuen oder geänderten höchstrichterlichen Rechtsprechung,

- wenn ein Gericht einzelne Bedingungen rechtskräftig für unwirksam erklärt oder

- wenn die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht diese Bedingungen durch Verwaltungsakt als mit geltendem Recht nicht vereinbar beanstandet und den Versicherer zur Abänderung auffordert

und dadurch eine durch gesetzliche Bestimmungen nicht zu schließende Vertragslücke entstanden ist und das Verhältnis Beitragsleistung und Versicherungsschutz in nicht unbedeutendem Maße gestört wird. Dies gilt nur für Bedingungen, die folgende Bereiche betreffen:

- Umfang des Versicherungsschutzes;

- *Deckungsausschlüsse und*

- *Pflichten des Versicherungsnehmers und der Versicherten.*

18.2 Die geänderten Bedingungen dürfen den Versicherungsnehmer als einzelne Regelung und im Zusammenwirken mit anderen Bedingungen des Vertrages nicht schlechter stellen als die ursprüngliche Regelung.

18.3 Die geänderten, ergänzten oder ersetzten Bedingungen sind dem Versicherungsnehmer schriftlich bekannt zu geben, wobei Inhalt und Grund der Änderung zu erläutern sind. Sie gelten als genehmigt, wenn der Versicherungsnehmer nicht innerhalb von zwei Monaten nach Bekanntgabe schriftlich widerspricht. Hierauf wird er bei der Bekanntgabe ausdrücklich hingewiesen. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerspruches. Bei fristgemäßem Widerspruch treten die Änderungen nicht in Kraft.

Anhang II: Abdruck der zitierten französischen Gesetze in deutscher Übersetzung

Nachfolgend werden die im 3. Kapitel zitierten französischen Gesetze in deutscher Übersetzung⁵⁸⁷ wiedergegeben:

„Gesetz Nr. 78-12 vom 4. Januar 1978

betreffend die Haftung und Versicherung im Bauwesen

(J.O. vom 5. Januar 1978, S. 188)

I. Titel

Haftung

Art. 1 – Artikel 1792 des Code civil wird durch die folgenden Bestimmungen ersetzt:

„Art. 1792– Der Erbauer eines Bauwerkes haftet dem Bauherrn oder dem Erwerber des Bauwerkes ohne weiteres für Schäden, auch wenn sie auf der Unzulänglichkeit des Bodens beruhen, die die Festigkeit des Bauwerkes beeinträchtigen oder es für seine Bestimmung unbrauchbar machen, weil eines seiner Hauptbestandteile oder seiner Ausstattungsteile von einem Schaden betroffen ist.

Die Haftung tritt nicht ein, wenn der Erbauer beweist, dass die Schäden auf höherer Gewalt beruhen“.

Art. 2 – Nach Artikel 1792 des Code civil werden sechs Artikel 1792-1, 1792-2, 1792-3, 1792-4, 1792-5 und 1792-6 eingefügt, die folgende Fassung haben:

„Art. 1792-1 - Erbauer eines Bauwerkes ist:

- 1. jeder Architekt, Unternehmer, Techniker oder jede andere Person, die mit dem Bauherrn durch einen Werkvertrag verbunden ist;*
- 2. jeder, der ein Bauwerk, das er erbaut hat oder erbauen hat lassen, nach dessen Fertigstellung verkauft;*

⁵⁸⁷ Srkal, Baurechtliche Gewährleistung und Versicherung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 187-199.

3. jeder, der eine Aufgabe erfüllt, die der des Werkunternehmers vergleichbar ist, auch wenn er als Beauftragter des Eigentümers des Bauwerkes handelt.

Art. 1792-2 – Die Haftungsvermutung des Artikels 1792 erstreckt sich auch auf Schäden, die die Festigkeit von Ausstattungsteilen eines Gebäudes betreffen, wenn diese unlösbar mit Bauteilen der Infrastruktur, des Fundaments, des Rahmens, der Wände oder der Bedachung verbunden sind.

Ein Ausstattungsteil gilt als unlösbar mit einem der im vorigen Absatz genannten Bauteile verbunden, wenn sein Ausbau, seine Zerlegung oder Ersetzung sich nicht ohne Zerstörung oder Entfernung von Baustoffen eines dieser Bauteile durchführen lässt.

Art. 1792-3 - Die anderen Ausstattungsteile unterliegen einer Mindestbetriebsgarantie von zwei Jahren, die mit Abnahme des Bauwerkes zu laufen beginnt.

Art. 1792-4 – Der Hersteller eines Bauwerkes, eines Teiles eines Bauwerkes oder eines Ausstattungsteiles, das entworfen und hergestellt wurde, um bei Gebrauch bestimmten, zuvor festgelegten Anforderungen zu genügen, haftet gesamtschuldnerisch nach den Artikeln 1792, 1792-2 und 1792-3 mit dem Werkunternehmer, der ohne Veränderung und in Übereinstimmung mit den vom Hersteller ausgesprochenen Anweisungen das Bauwerk, das Teil des Bauwerkes oder das Ausstattungsteil ins Werk gesetzt hat.

Für die Anwendung dieses Artikels werden dem Hersteller gleichgestellt:

Wer ein Bauwerk, ein Teil eines Bauwerkes oder ein Ausstattungsteil, das im Ausland hergestellt wurde, eingeführt hat;

Wer es dadurch als sein Werk ausgibt, dass er daran seinen Namen, seine Marke oder ein anderes Unterscheidungszeichen anbringt.

Art. 1792-5 – Jede vertragliche Vereinbarung, die den Ausschluss oder die Einschränkung der in den Artikeln 1792, 1792-1 und 1792-2 vorgesehenen Haftung oder den Ausschluss der in Art. 1792-3 vorgesehenen Garantie oder Einschränkung ihres Umfangs oder den Ausschluss oder die Einschränkung der in Artikel 1792-4 vorgesehenen Gesamtschuldnerhaft zum Gegenstand hat, gilt als nicht geschrieben.

Art. 1792-6 – Abnahme ist der Akt, durch den der Baubherr erklärt, das Bauwerk mit oder ohne Vorbehalt anzunehmen. Sie erfolgt auf Verlangen des betreibenden Teils auf gütlichem

Wege, bei Verzug durch gerichtliche Entscheidung. Sie ist dem anderen Teile gegenüber zu erklären.

Die Garantie für einwandfreie Herstellung, an die der Unternehmer für die Dauer eines Jahres ab Abnahme gebunden ist, erstreckt sich auf die Nachbesserung aller Mängel, die der Bauherr durch Vorbehalte im Abnahmeprotokoll oder, bei Mängeln, die nach der Abnahme entdeckt werden, durch schriftliche Anzeige anmeldet.

Die Nachbesserungsfristen wurden durch gemeinsame Vereinbarung des Bauherrn und des betroffenen Unternehmers festgelegt.

In Ermangelung einer solchen Vereinbarung oder, bei Nichterfüllung in der bestimmten Frist und nach erfolgloser Abmahnung, können die Arbeiten auf Kosten und Gefahr des säumigen Unternehmers ausgeführt werden.

Die Ausführung der nach der Garantie für einwandfreie Herstellung erforderlichen Arbeiten wird durch gemeinsame Vereinbarung oder, bei Verzug, durch gerichtliche Entscheidung festgestellt.

Die Garantie erstreckt sich nicht auf Arbeiten, die zur Instandsetzung wegen gewöhnlicher Abnutzung oder Gebrauch erforderlich sind“.

Art. 3 – Artikel 2270 des Code civil wird durch die folgenden Bestimmungen ersetzt:

„Art. 2270 – Jede natürliche oder juristische Person, deren Haftung aus Artikeln 1792 bis 1792-4 dieses Gesetzbuches hergeleitet werden kann, ist von der Haftung und von den Garantien, die sie gemäß Artikeln 1792 bis 1792-2 treffen, nach zehn Jahren ab Abnahme der Arbeiten, bei Anwendung von Artikel 1792-3 nach Ablauf der in jenem Artikel genannten Frist, befreit“.

Art. 4 – Artikel 1646-1 des Code civil wird durch folgende Bestimmung ersetzt:

„Art. 1646-1 – Der Verkäufer eines zu erbauenden Gebäudes unterliegt ab Abnahme der Arbeiten den Verpflichtungen, denen die Architekten, die Unternehmer und die anderen Personen, die mit dem Bauherrn durch Werkvertrag verbunden sind, in Anwendung der Artikel 1792, 1792-1, 1792-2 und 1792-3 dieses Gesetzbuches unterliegen.

Diese Garantien gelten zugunsten aller aufeinanderfolgenden Eigentümer des Gebäudes.

Wandlung oder Minderung finden nicht statt, wenn der Verkäufer sich verpflichtet, die in den Artikeln 1792, 1792-1 und 1792-2 dieses Gesetzbuches genannten Schäden zu ersetzen und die in Artikel 1792-3 vorgesehene Garantie zu übernehmen“.

Art. 5 – Der dritte Satz des ersten Absatzes von Artikel 1831-1 des Code civil wird durch folgende Bestimmungen ersetzt:

„Er unterliegt insbesondere den Verpflichtungen, die sich aus den Artikeln 1792, 1792-1, 1792-2 und 1792-3 dieses Gesetzbuches ergeben“.

Art. 6 – § 1 von Artikel 45 des Gesetzes Nr. 71-579 vom 16. Juli 1971 betreffend verschiedene Verfahren im Bauwesen wird durch folgenden neuen Absatz ergänzt:

„Die im ersten Absatz genannte Person gilt als Erbauer im Sinne des Artikels 1792-1 des Code civil“.

Art. 7 – Werkverträge, die die Errichtung von Wohngebäuden zum Gegenstand haben, beinhalten kraft Gesetzes die gesetzlichen Vorschriften und Richtlinien betreffend die Mindestanforderungen auf dem Gebiet des Schallschutzes.

Arbeiten, die diesen Anforderungen genügen, befreien (insoweit) von der in Artikel 1792-6 des Code civil vorgesehenen Garantie für einwandfreie Herstellung.

Der Verkäufer oder der Baupromoteur garantiert dem ersten Bewohner jeder Wohnstätte für deren Übereinstimmung mit diesen Anforderungen für sechs Monate ab dessen Inbesitznahme.

II. Titel

Technische Kontrolle

Art. 8 – Der technische Kontrolleur hat die Aufgabe, zur Verhinderung technischer Missgeschicke, die bei der Verwirklichung von Bauwerken geschehen können, beizutragen.

Er wird auf Antrag des Bauherrn eingeschaltet und teilt diesem seine Auffassung über die Probleme aus technischer Sicht mit. Seine Auffassung befasst sich insbesondere mit Problemen, die die Festigkeit des Bauwerks und die Sicherheit von Menschen betrifft.

Art. 9 – Der technische Kontrolleur unterliegt in den Grenzen der Aufgabe, die ihm der Bauherr übertragen hat, der Haftungsvermutung gemäß Artikeln 1792, 1792-1 und 1792-2 des Code civil, die nach den Voraussetzungen des Artikels 2270 verjährt.

Art. 10 – Die Ausübung der technischen Kontrolle nach diesem Titel ist unvereinbar mit der Tätigkeit der Planung, der Ausführung oder der Begutachtung eines Bauwerkes.

Die Bestallung der technischen Kontrollen wird gemäß den Voraussetzungen eines Dekrets des Staatsrates erteilt. Die Entscheidung über die Bestallung trägt der technischen Befähigung und der Berufsmoral Rechnung.

Art. 11 – Die technische Kontrolle kann durch Dekret des Staatsrates für bestimmte Bauten zwingend vorgeschrieben werden, die wegen ihrer Beschaffenheit oder Wichtigkeit Gefahren für die Sicherheit von Menschen bergen.

III. Titel

Pflichtversicherung für Bauarbeiten an Gebäuden

Art. 12 – Der IV. Titel des II. Buches des Code des assurances wird durch folgende Bestimmung ersetzt:

„IV. Titel

Versicherung für Bauarbeiten an Gebäuden

I. Kapitel

Pflichthaftpflichtversicherung

Art. L. 241-1 – Jede natürliche oder juristische Person, deren Haftung aus der Vermutung der Artikel 1792 und folgenden des Code civil über Bauarbeiten an Gebäuden hergeleitet werden kann, muss durch eine Haftpflichtversicherung gedeckt sein.

Bei Eröffnung der Baustelle muss sie in der Lage sein nachzuweisen, dass sie einen Versicherungsvertrag unterzeichnet hat, der sie für diese Haftung deckt.

Jeder Versicherungsvertrag, der infolge dieses Artikels abgeschlossen wird, beinhaltet ungeachtet entgegenstehender Vereinbarungen kraft Gesetzes eine Vereinbarung, die die Aufrechterhaltung des Versicherungsschutzes für die Dauer der Haftung, die auf der der Versicherungspflicht unterliegenden Person lastet, sicherstellt.

Art. L. 241-2 – Wer für Rechnung eines anderen im vorigen Artikel genannte Bauarbeiten an Gebäuden durchführen lässt, muss durch eine Haftpflichtversicherung gedeckt sein, die die durch sein Handeln entstandenen Schäden im Sinne von Artikeln 1792 und 1792-2 des Code civil deckt.

Das gilt auch, wenn die Gebäude zum Verkauf errichtet werden.

II. Kapitel

Pflichtschadensversicherung

Art. L. 242-1 – Jede natürliche oder juristische Person, die als Eigentümer des Bauwerkes, als Verkäufer oder als Beauftragter des Eigentümers des Bauwerkes Bauarbeiten an Gebäuden durchführen lässt, hat vor Eröffnung der Baustelle auf ihre Kosten oder auf die der nachfolgenden Eigentümer eine Versicherung abzuschließen, die, ohne Ermittlung von Fragen der Haftung, den Ersatz von Schäden der Art deckt, für die die Erbauer im Sinne des Artikels 1792-1, die Hersteller und Importeure oder der technische Kontrolleur aufgrund des Artikels 1792 des Code civil haften.

Diese Versicherung wird wirksam mit Ablauf der Garantiefrist für einwandfreie Herstellung nach Artikel 1792-6 des Code civil. Ungeachtet dessen stellt sie den Ersatz von Schäden sicher, wenn:

- der Werkvertrag vor Abnahme und nach erfolgloser Abmahnung infolge Rücktritts des Auftraggebers wegen Nichterfüllung seitens des Unternehmers aufgelöst wurde;*
- der Unternehmer nach Abnahme des Werkes erfolglos gemahnt wurde, seine Verpflichtungen zu erfüllen, er dem aber nicht nachgekommen ist.*

Jedes nach Artikel L. 321-1 dieses Gesetzbuches anerkannte Versicherungsunternehmen ist berechtigt, die in diesem Artikel geregelten Risiken zu versichern, auch wenn es die in den Artikeln L. 241-1 und 241.2 genannten Risiken nicht versichert.

Art. L. 242-2- In den Artikeln 1831-1 bis 1831-5 des Code civil vorgesehenen Fällen betreffend den Baupromotionsvertrag, sowie in den Fällen der Artikel 33, 34d, letzter und vorletzter Absatz, 35 und 36 des Gesetzes Nr. 71-579 vom 16. Juli 1971 betreffend verschiedene Verfahren im Bauwesen, treffen die in Artikeln L. 241-2 und L. 242-1 vorgesehenen Pflichten als Baupromoteur.

III. Kapitel

Gemeinsame Vorschriften

Art. L. 243-1 – Der Staat unterliegt nicht der Versicherungspflicht, wenn er für eigene Rechnung baut. Die vollziehende Gewalt kann Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts und ihren Gruppierungen, sowie öffentlichen Anstalten völlige oder teilweise Befreiung von der

Versicherungspflicht erteilen, wenn sie Mittel besitzen, die den schnellen und ausreichenden Ersatz von Schäden sicherstellen.

Art. L. 243-2 - Die den Verpflichtungen der Artikel L. 241-1 bis L. 242-1 dieses Gesetzbuches unterliegenden Personen müssen nachweisen können, dass sie diese Verpflichtungen erfüllt haben.

Soll vor Ablauf der Zehnjahresfrist nach Artikel 2270 des Code civil das Eigentum an einem Gut oder die Verfügungsbefugnis über ein Gut übertragen werden, so ist im Rahmen des Vertrages oder in einem Anhang hierzu das Bestehen oder Nichtbestehen von Versicherungsschutz zu erwähnen. Dies gilt für alle Vertragsarten, nicht aber für Mietverträge.

Art. L. 243-3 – Wer gegen die Vorschriften der Artikel L. 241-1 bis L. 242-1 dieses Gesetzbuches verstößt, wird mit Freiheitsstrafe von zehn Tagen bis sechs Monaten und einer Geldstrafe von 2.000 bis 500.000 Francs oder mit einer dieser Strafen bestraft.

Die Vorschriften des vorstehenden Absatzes gelten nicht für natürliche Personen, die eine Wohnstätte für sich, ihren Ehegatten oder ihre oder ihres Ehegatten Verwandten in gerader Linie erbauen.

Art. L. 243-4 – Jeder Versicherungspflichtige, der sich um den Abschluss eines Versicherungsvertrages bei einem Versicherungsunternehmen bemüht hat, dessen Satzung ihm nicht die Übernahme des hier behandelten Risikos seiner Art wegen untersagt und dessen Antrag abgelehnt wird, kann sich an die Zentralbehörde für Tariffestsetzung wenden, deren Verfassung und Verfahren durch Dekret des Staatsrates bestimmt werden.

Die Zentralbehörde für Tariffestsetzung hat die ausschließliche Aufgabe, den Betrag der Prämie festzusetzen, vermittle derer das betroffene Versicherungsunternehmen gehalten ist, das Risiko zu versichern, das ihm angetragen wurde. Es kann einen Selbstbeteiligungsbetrag zulasten des Versicherungspflichtigen festsetzen.

Art. L. 243-5 – Eine Vereinbarung in einem Rückversicherungsvertrag, die den Ausschluss bestimmter Risiken aus dem Rückversicherungsschutz wegen der Tariffestsetzungspraxis der Zentralbehörde für Tariffestsetzung bezweckt, ist nichtig.

Art. L. 243-6 – Ein Versicherungsunternehmen, das seine ablehnende Haltung bezüglich eines Risikos, dessen Prämie durch die Zentralbehörde für Tariffestsetzung bestimmt wurde, beibehält, arbeitet nicht in Übereinstimmung mit den geltenden Richtlinien und kann seine öffent-

lich-rechtliche Anerkennung gemäß Artikel L. 321-1 dieses Gesetzbuches aberkannt bekommen.

Art. L. 243-7 – Die Vorschriften des Artikels L. 113-16 und des zweiten Absatzes von Artikel L. 121-10 dieses Gesetzbuches finden keine Anwendung auf die in diesem Titel vorgesehenen Pflichtversicherungen.

Die Opfer von Schäden im Sinn des Gesetzes Nr. 78-12 vom 4. Januar 1978 können unmittelbar gegen den Versicherer des für die genannten Schäden Haftenden klagen, wenn über diesen der Konkurs eröffnet wurde.

Art. L. 243-8 – Jeder Versicherungsvertrag, den eine Person aufgrund ihrer Versicherungspflicht nach diesem Titel abschließt, beinhaltet ungeachtet entgegenstehender Vereinbarungen kraft Gesetzes mindestens den Versicherungsschutz, der sich aus den verbindlichen Policenbedingungen im Sinne des Artikels L. 310-7 dieses Gesetzbuches ergibt“.

IV. Titel

Allgemeine Vorschriften

Art. 13 – Die Anwendung dieses Gesetzes wird durch Dekrete des Staatsrates bestimmt.

Art. 14 – Dieses Gesetz tritt am 1. Januar 1979 in Kraft und ist auf Verträge anzuwenden, die Baustellen betreffen, deren Eröffnungserklärung nach diesem Datum erlassen wird.

Dieses Gesetz wird als Gesetz des Staates ausgeführt.“

Curriculum vitae

Geburtsdatum, -ort:	29.11.1973, Freiburg i. Br.
Familienstand:	Verheiratet mit Marion Alexandra Entringer
Schulbildung:	1980-1984: Grundschule Schutterwald 1984-1993: Grimmelshausen-Gymnasium Offenburg
Studium der Rechtswissenschaft:	1993-1995: Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br. 1995-1996: Université de Genève 1996-1999: Ludwig-Maximilians-Universität München 1999: Erste Juristische Staatsprüfung
Rechtsreferendariat:	1999–2001: Rechtsreferendariat im Freistaat Bayern 2001: Zweite Juristische Staatsprüfung
Tätigkeiten als Rechtsanwalt:	2001: Zulassung als Rechtsanwalt 2001-2003: Tätigkeit als Rechtsanwalt für die Wirtschaftskanzlei Urwantschky Dangel Borst & Partner in Ulm/Neu-Ulm 2003–2005: Tätigkeit als Rechtsanwalt für die Baurechtskanzlei Haitz Franck Fingerle in Freiburg i. Br. 2005-2008: Tätigkeit als Rechtsanwalt für die Wirtschaftskanzlei Schirk & Kollegen in Herbolzheim 2006: Ernennung zum Fachanwalt für Arbeitsrecht 2007: Ernennung zum Fachanwalt für Versicherungsrecht 2009: Gründung meiner Fachkanzlei für Versicherungs- und Arbeitsrecht in Offenburg

Selbstständigkeitserklärung

Hiermit erkläre ich, Daniel Entringer, geb. 29.11.1973, dass ich diese Arbeit – abgesehen von den in ihr ausdrücklich genannten Hilfen - selbstständig verfasst habe.

Endingen am Kaiserstuhl, den 29.04.2009

Daniel Entringer

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Versicherungsrecht

Fachanwalt für Arbeitsrecht